

ÉCOLE SUPÉRIEURE DE LANGUE ARABE ET DE DIALECTES
BERBÈRES DE RABAT

II

DÉMEMBREMENTS DU HABOUS

Menfa'a, Gzâ, Guelsâ, Zfnâ, Istighrâq

PAR

LOUIS MILLIOT

Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Docteur ès-sciences juridiques

Docteur ès-sciences politiques et économiques

Diplômé de l'École spéciale des Langues orientales vivantes

Chargé de cours à l'École supérieure de Rabat



PARIS
ÉDITIONS ERNEST LEROUX,
28, RUE BONAPARTE, 28

1918

BP 158 . L3 175

INTRODUCTION

1. Le problème dit « des droits de menfa ». — Son intérêt pratique. — Solution législative. — Son insuffisance. — Difficultés. — Nécessité de les résoudre. — Plan d'étude.

1. Aussitôt entrepris, le travail de reconstitution du patrimoine des Habous Publics mettait l'Administration en présence de la difficulté suivante :

Un grand nombre d'immeubles se trouvaient, depuis un temps immémorial, aux mains d'individus qui prétendaient avoir acquis sur eux, à divers titres, un droit perpétuel de jouissance. Les occupants ne contestaient point, d'ailleurs, aux immeubles qu'ils détenaient, le caractère de biens habous; mais, à les entendre, les droits des Fondations se réduisaient à la perception d'une redevance perpétuelle. Outre le bénéfice de la situation acquise, ils pouvaient invoquer des usages séculaires dont il fallait nécessairement tenir compte. De nombreux étrangers ou protégés étrangers s'étant fait céder les droits des indigènes, la question se compliquait encore d'un aspect international¹.

Mais, admettre les prétentions élevées par les détenteurs d'immeubles, n'était-ce pas sacrifier les intérêts des Fondations, réduire leurs droits à une nue-propriété illusoire et à une redevance minime que, par surcroît, l'occupant se refusait souvent à payer? Ne risquait-on pas, à reconnaître les droits acquis, de consolider des usurpations commises à la

1. H. Gaillard, *Réorganisation du Gouvernement Marocain*, in *Bull. du Comité de l'Afrique Française*, 1916.

BP 158 . L3 M5

faveur des désordres provoqués par les derniers événements politiques ?

Ce problème, dit « des droits de menfâ »¹, n'a pas tardé à recevoir une solution législative. Tout d'abord, les Dahirs du 13 juillet 1913 (8 Cha'bân 1331) et du 21 juillet 1913 (16 Cha'bân 1331) prohibent implicitement, pour l'avenir, la constitution de nouveaux droits. Peu après, le Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332) pose, dans son article 1^{er}, le principe que « les droits de gza et autres..... sont maintenus et confirmés, tels qu'ils existaient précédemment, au profit de ceux qui les détiennent régulièrement ». *De lege ferenda* le problème était résolu. Les Dahirs ultérieurs ne feront que préciser la réglementation des droits dont le principe est officiellement reconnu.

Mais cette solution de principe est loin d'avoir aplani toutes les difficultés. Les Dahirs ne donnent nulle part la définition de ce qu'ils appellent les « droits de Menfâ ». Tantôt ils procèdent par énumération, limitative ou non : « droits de gza, guelsa, clé, istidjar, etc... », sans déterminer les situations juridiques correspondantes ; tantôt ils les désignent par les termes génériques : « droits réels de jouissances », « droits coutumiers musulmans », « rentes »². Les textes n'expliquent pas davantage le régime auquel le Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332) entend se référer lorsqu'il confirme « les droits de gza et autres..... tels qu'ils existaient précédemment, au profit de ceux qui les détiennent régulièrement ». Pour savoir quel est le contenu de ces

1. H. Gaillard, *Réorganisation du Gouvernement Marocain*, p. 43. *Bull. Comité Afrique française*, 1916.

2. Dahirs du 8 juillet 1916 (7 Ramadan 1334), du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332), du 2 juin 1915 (19 Redjeb 1333) art. 8 et 197-200. V. pourtant art. 17 et 18 de l'Arrêté Viziriel du 3 juin 1915 (20 Redjeb 1333 : « Les titulaires de droits d'usufruit..... ou de droits musulmans entraînant démembrement de propriété..... »

droits et quelles en sont les limites, il est donc indispensable de se reporter au droit musulman. C'est la consultation nécessaire des textes, le travail de recherche et de traduction, toujours difficile, souvent décevant, le caractère théorique et quasi-immuable du *fiqh* l'empêchant de suivre les institutions dans la réalité de leurs développements; travail d'autant plus délicat, ici, que les Habous forment, au sein du droit musulman, une institution de caractère assez disparate dans l'ensemble des autres institutions ¹. Enfin, il est peu exact de dire, comme le Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332), que les droits de gza et autres sont maintenus et confirmés « tels qu'ils existaient précédemment ». Le partage des droits, opéré par ce Dahir entre les Habous et les bénéficiaires des gza, guelsa et autres situations juridiques semblables, a été précisé et complété par des textes ultérieurs, suivant des directives qui semblent s'écarter sensiblement du sens et de l'esprit originaux de l'institution et en avoir gravement altéré la physionomie. La législation marocaine paraît bien manquer ici de ces qualités de fini, d'ensemble et d'homogénéité que peut seule donner au travail législatif une patiente élaboration.

Jusqu'à présent, il est vrai, le problème dit « des droits de menfâ » n'a guère soulevé de difficultés dans l'ordre législatif et administratif. La législation nouvelle a été appliquée avec une grande prudence et les lacunes en ont été si peu ressenties qu'aucun litige de cette nature n'a encore été porté devant les tribunaux. Mais une commission de revision doit être prochainement réunie pour statuer, en exécution de l'article 1^{er} du Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332), sur la régularité des situations invoquées. Tôt ou tard, le

1. La nature juridique du Habous et le statut auquel il se rattache sont malaisément déterminés. Cf. Morand, *La nature juridique du Habous*, in *Etudes de Droit musulman*

heur des intérêts opposés va nécessairement amener des conflits d'interprétation qu'il faudra bien trancher, à l'amiable ou judiciairement. Du domaine de la spéculation pure et de l'effort législatif, le problème va ainsi passer dans celui de la pratique juridique.

La législation nouvelle ne concerne que les Habous Publics ; mais l'intérêt du problème qu'elle soulève déborde de beaucoup cette matière. Si nul obstacle de principe¹ ne s'oppose à ce que des situations juridiques analogues aux droits dits « de menfâ » s'établissent sur des Habous privés et sur des biens melk, la pratique marocaine n'en a, jusqu'à ce jour, révélé aucun exemple. La question revêt au contraire une grande importance pour les biens makhzen, sur lesquels se sont établies des situations exactement symétriques, telles que zînâ et zerîbâ, dont la solution législative est encore réservée². Enfin l'institution des droits dits « de menfâ » n'a rien de spécial au Maroc. Sous des noms différents : *And* en Algérie, *luzâl* en Tunisie, *Kholoû* en Égypte, la plupart des pays d'Islam ont connu des situations semblables, mais dont la physionomie s'est rapidement altérée au contact des législations et des juridictions européennes. Le problème dit des « droits de menfâ » n'est donc pas seulement un problème pratique de législation marocaine³ ;

1. La question est néanmoins controversée. V. *in/râ*, n° 23.

2. V. pourtant Dahir du 16 septembre 1913 (17 Moharram 1332) sur les « Zeriba » à Casablanca (Bull. Off. du Protectorat, n° 66, p. 70).

3. C'est surtout à ce point de vue que nous nous sommes placé. Nous avons été grandement encouragé dans ce travail par la bienveillance avec laquelle l'idée en a été accueillie à la Direction des Affaires chérifiennes. M. Marc, Conseiller du Gouvernement Chérifien, Directeur des Affaires Chérifiennes, a bien voulu autoriser la publication d'un certain nombre de textes inédits. MM. Biarnay et Chérif Omar, du Service du Contrôle des Habous, nous ont donné une foule de renseignements, d'indications précieuses. M. Calderaro, Chef de l'Interprétariat de la Cour d'appel de Rabat, nous a permis de publier sa traduction des *Procès-verbaux de la Commission*

il est une contribution à l'étude des démembrements de la propriété.

L'étude des textes du *chra'*, puis du milieu historique où elle a pris naissance et s'est développée, nous permettra de dégager les traits caractéristiques de l'institution. L'étude des *Dahirs* nous la montrera au terme de son évolution ¹.

d'Etudes des Gza, guelza .. Nous leur adressons l'expression de nos remerciements.

1. *Bibliographie.* — F. Arin, *Démembrements de la propriété foncière*, Rev. du Monde Musulman, 1914. — *Pour la Tunisie* : Abribat, *Essai sur les contrats de quasi-aliénation et de location perpétuelle auxquels l'institution des Habous a donné naissance*. Alger, Jourdan, 1902 et Rev. Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence, 1902. — *Pour l'Algérie* : Morand, *Avant-projet de Code présenté à la Commission de codification du Droit Musulman Algérien*, Alger, Jourdan, 1916, Art. 469, note 3, auteurs et décisions citées. — *Pour le Maroc* : Michaux-Bellaire, *Le gza et la guelsa*. Rev. du Monde Musulman, 1911 ; *Les biens Habous et les biens du Makhzen au point de vue de leur location et de leur aliénation*, Rev. du Monde Musulman, 1911.

ÉTUDE DES TEXTES

2. — Le problème de la *menfâ* dans les ouvrages de droit musulman. — 3. Le *gzâ* et la *guelsâ*. Leur double aspect de location et de vente. — 4. La *guelsâ* et le *gzâ* envisagés comme des locations. — 5. Définition de la *menfâ*. — 6. Deuxième aspect de la *guelsâ* et du *gzâ* ; vente de matériaux de construction ou de plantations. — 7. Fins que se proposent les parties dans la *guelsâ* et le *gzâ*. — 8. Nullité de la *guelsâ* et du *gzâ* dans la doctrine musulmane du droit. — 9. Formes licites. — Double condition nécessaire. — 10. Prohibition de la location perpétuelle des biens habous. — 11. Prohibition de la vente du matériel de boutique ou de meunerie et de la vente des matériaux de construction ou des plantations en raison de l'indétermination de l'objet du contrat. — 12. La *guelsâ* et le *gzâ* ne sont tolérés que sous la forme de location à durée déterminée. Précautions prises. — 13. La jurisprudence musulmane fait de la *guelsâ* et du *gzâ* des institutions licites. Processus. — 14. Différentes justifications tentées par les auteurs musulmans. Véritable explication : la jurisprudence est un procédé d'élaboration des normes juridiques admis par le droit musulman. — 15. La jurisprudence doit être préférée à l'opinion doctrinale dominante. — 16. Formation de la jurisprudence et de la coutume. — 17. La jurisprudence doit être fixée. Constatation. — 18. Autorité de la jurisprudence. Jurisprudence générale. Jurisprudence particulière. — 19. *Guelsâ* et *gzâ* sont des institutions jurisprudentielles. — 20. Acquisition du bénéfice de la *guelsâ* et du *gzâ*. Constitution directe. Cession. — 21. — Droits et devoirs réciproques des parties. — 22. Physionomie générale. Institutions illicites dans le *fiqh*, la *guelsâ* et le *gzâ* sont sanctionnées par la jurisprudence. — 23. Cette controverse entre le *fiqh* et l'*amal* ne donne de l'institution que la signification extérieure. Recherche de cette signification dans le milieu historique, politique et économique, où la *guelsâ* et le *gzâ* ont pris naissance et se sont développés.

2. Les « bréviaires » du rite malékite : *Moukhtaṣar* de Khalil, *Tohfâ* d'Ibn 'Âcim, *Risâla* d'Ibn Abî Zaïd, passent l'institution sous silence. Leurs commentateurs n'en parlent eux-mêmes qu'incidemment et sans s'y attarder¹. Si l'on veut trouver des développements plus circonstanciés, il faut consulter des ouvrages moins théoriques, moins détournés des réalités du droit positif : Recueils de *nawâzil* ou consul-

1. C'est ainsi qu'Abd Al-Bâqî Az-Zarqânî traite de la *guelâ*, du *kholû* et du *gzâ* au chapitre du prêt à usage. *Commentaire de Khalil*. Vol. VI, p. 127, 128 et glose marginale.

tations juridiques, *Wathâiq* ou formulaires d'actes, et surtout '*amaliyât*' ou traités de jurisprudence. Encore ne faut-il point s'attendre à trouver, dans ces ouvrages, la matière présentée sous une forme qui rappelle l'ordonnance de nos dissertations juridiques. Les jurisconsultes musulmans ne cherchent pas à pénétrer les rapports qui existent entre les actes juridiques. Ils envisagent chacun de ceux-ci isolément, s'attachant à prévoir le plus grand nombre possible des hypothèses qui peuvent en résulter, peu soucieux d'établir entre elles un lien de corrélation. C'est ainsi que les développements qui nous intéressent ne se trouvent pas réunis au chapitre des habous, mais disséminés à travers les chapitres des ventes, du louage, de la moughârasâ, du prêt à usage et de la chouf¹.

3. Deux situations juridiques sont seules étudiées nommément par les jurisconsultes musulmans. La *guelsâ*²,

1. Du mot *عمل* jurisprudence. V. ci-après, n^{os} 15 à 18, la notion de la jurisprudence dans le droit musulman. On a parfois confondu l'*amal* et l'*ourf* (V. *infra*, p. 18, la distinction à faire). Cette branche de la littérature juridique est encore peu connue et les ouvrages en semblent peu nombreux. Deux sont célèbres : l'*Amal Al-Fâsi* d'Aboû Zaïd Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi (1040/1630 à 1096/1685, Brockelmann, II, p. 460) poème didactique en 430 vers avec Commentaire d'As-Sidjilmâsi en deux volumes, dans lesquelles l'auteur résume la jurisprudence des cadis de Fez ; nombreuses éditions lithographiées de Fez. Nous avons pu en consulter deux, l'une de 1298 l'autre de 1291, et avoir en communication un manuscrit de 484 pages, achevé en 1232, suivi d'une étude sur la moughârasâ en 67 pages ; — des éditions lithographiées beaucoup plus récentes existent ; — et l'*Amal Al-Mouthlaq* ou « jurisprudence générale » du même Sidjilmâsi, édition lithographiée de Fez, 1196, et imprimée à Tunis, 1290 hégire.

2. La question n'est même traitée avec quelques développements que dans l'*Amal Al-Fâsi*. La dissertation d'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi, dont nous donnons ci-après la traduction, et celle de Sidjilmâsi ne sont guère que des reproductions de citations puisées un peu partout.

3. *جلسة* on prononce au Maroc *جلسة*. C'est pourquoi nous avons adopté la transcription « guelsâ ». V. la définition qu'en donne Dozy, *Supplément aux dictionnaires arabes*, I, p. 207 : «[droit d'occupation. Le Habous est de sa

appelée aussi *Kholou*⁴, et le *gzâ*⁵. Elles sont présentées l'une et l'autre sous le double aspect de location et de vente.

4. 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi, père de l'auteur de l'*'Amal* rapporte⁶ : « Notre maître Aboû Mohammad 'Abd Ar-Rahmân⁷ affirmait, d'après l'imam Al-Qaççâr, qui le tenait de Sidi Choqroûn, que ce dont il est question, à savoir la guelsâ, procède de la menfa'â⁸ que l'on acquiert par l'acte de location. Il n'y a pas, à ce sujet, de différence entre les boutiques — c'est-à-dire la guelsâ —, et les champs — c'est-à-dire le gzâ — et d'autres objets sur lesquels peut porter la location. La règle établie veut que quiconque a la menfa'â d'une chose puisse en jouir personnellement ou se substituer un autre »⁶.

Ailleurs⁷, il définit la guelsâ : « le contrat qui porte sur

nature inaliénable ; mais si l'immeuble déperissait entre les mains de l'usufruitier, si la ruine des bâtiments était imminente sans que le possesseur actuel pût faire les dépenses exigées, la vente, ou plutôt l'aliénation avec un titre spécial était décidée et autorisée par une délibération du medjlès (réunion du mufti et des cadis). Le contrat de vente qui intervenait alors au profit d'un tiers portait le nom d'*and* *عناء* ou *djelsa* *جلسة*. Il emportait obligation de faire les améliorations exigées et de payer à perpétuité une rente annuelle qui prenait la place de l'immeuble dans les transmissions successives dont il pouvait être l'objet et continuait de grever la propriété dans quelques mains qu'elle résistât. » D'après Al-Wazzâni *'Al Mi'yâr Al-Djadid*, VIII, 128) l'étymologie du mot *جلسة* conduit à la double idée de « durée » et « d'entretien ou gestion ». A rapprocher du verbe *عنى*, qui signifie « s'occuper de » (Dozy II, 183).

1. *خلو* As-Sidjilmâsi. *Commentaire de l'Amal Al-Fâsi*, édition lithographiée de Fez, 1291, I, f° 61, p. 7.

2. *جزاء* on prononce au Maroc *جزاء* *gzâ*, de la racine *جزى* payer, récompenser, rémunérer. A la deuxième forme, Dozy, *op. cit.*, I, 193, indique comme sens : prendre à ferme, à cens.

3. 'Amal Al-Fâsi, *op. cit.*, I, f° 61, p. 5.

4. Son oncle, surnommé Al-'Ârif.

5. *منفعة*.

6. La sous-location est de droit pour le locataire. Cf. *infra*, n° 5.

7. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 7.

une boutique ou tout autre local dans lequel le locataire a procédé à une installation .. Celui qui possède la menfa'â d'une chose peut, en effet, se réserver cette menfa'â ou la céder à un tiers... »

'Alî Al-Oudjhoûrî dit de même : « le nom de kholoù s'applique à la partie de la menfa'â acquise moyennant argent. C'est dans ce sens que l'on dit : le loyer du waqf s'élève à tant et le loyer du Kholoù à tant ».

« Le gzâ est une location », dit Ibn Mandhoûr¹.

Ainsi le gzâ et la guelsâ procèdent d'une location qui fait acquérir au locataire une part de la menfa'â de l'objet loué, Complétons cette définition par l'indication de ce qu'est la menfa'â.

5. Étymologiquement le mot menfa'â signifie : utilité, jouissance.

Cette jouissance appartient normalement au propriétaire, comme attribut de son droit de propriété, quel que soit le titre de son acquisition : onéreux (vente) ou gratuit (donation, donation aumônière). Mais la menfa'â peut être disjointe de la propriété, cédée et acquise séparément, soit à titre onéreux — par exemple en suite d'une location, d'une vente à réméré, d'un nantissement immobilier, d'une société à complant, d'un gzâ et d'une guelsâ — soit à titre gratuit, par legs, donation, donation aumônière, viagère, concession bénévole de servitude, prêt à usage, habous, droit d'habitation... etc...².

1. 'Amal *op. cit.*, I, 1^o 62, p. 2.

2. Le louage est la vente de la menfa'â à titre temporaire (Khalil *trad. Seignette*, p. 340). Le louage d'ouvrage ou salariat est la vente de la menfa'â de l'homme ; le louage des choses est la vente de la menfa'â des choses (Al-Hatthâb, *Commentaire de Khalil*, V. p. 379). Le Habous n'est que le don de la menfa'â d'une chose pour un temps égal à la durée de la chose. Khalil, *op. cit.* p. 389. Celui qui a droit à la menfa'â d'une chose peut prêter à usage la chose (Khalil, *op. cit.*, p. 251, n^o 795) à laquelle il a droit et pour la durée de

Fidèles à leurs méthodes, les juriscsultes musulmans, se préoccupent fort peu de donner une définition juridique de la menfa'â¹. Des applications qui précèdent il n'est, du moins, pas difficile de la dégager. La menfa'â correspond aux deux premiers des trois attributs de la propriété : *usus*, *fructus* et *abusus*. C'est le droit d'user et de jouir de la chose, soit qu'il coexiste avec le droit de propriété, soit que, démembré, on le trouve exercé par un autre que le propriétaire.

De par sa nature, le droit de menfa'â est cessible. Les juriscsultes musulmans l'opposent à l'*intifa'*², droit d'usage et de jouissance incessible³. Le titulaire d'un droit de menfa'â peut prêter à usage la chose objet de son droit ; l'habitant d'une zaouïa, d'une medersa, d'un ribâth, titulaire d'un simple intifa' ne pourrait, au contraire, céder son droit d'habitation.

6. La guelsâ et le gzâ sont présentés dans les textes sous un deuxième aspect.

« Au Maroc, dit Miyârâ⁴, la vente de la guelsâ se présente sous deux aspects : 1° l'acte qui l'établit spécifie qu'elle affecte tels et tels objets ; 2° l'acte porte sur un ensemble, sans spécification d'aucune sorte...

Toutefois, les intentions des contractants peuvent être différentes, par exemple :

1° L'acheteur, de la guelsâ peut s'attacher à ce que les

son droit (Al-Hatthâb, *op. cit.*, VI, p. 20). Cf. également Khalil, *op. cit.*, p. I p. 93, p. 351, n° 112.

1. Cf. pourtant Mohammad As-Snoûssi 'Mathla' ad-Dardî, p. 137, 144. Tunis 1305.

2. Cf. Khalil, *op. cit.*, n° 851.

3. Al-Hatthâb, *Commentaire de Khalil*, VI, p. 127, 128 et glose marginale, *eod. loc.* Cf. également Mohammad As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 144, 137.

4. 'Amal *op. cit.*, I, f° 61, p. 4, 5.

5. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 64, p. 6.

choses achetées et qui sont énumérées dans l'acte restent là où on les a achetées, de telle sorte qu'elles soient à demeure dans la boutique et qu'il empêche ainsi le propriétaire de l'occuper ou de la louer à un tiers ;

2° L'acte de guelsâ peut ne porter aucune mention spécifique ; le but des contractants est alors d'établir la pérennité du droit du preneur et de faire interdiction au propriétaire d'agir dans les conditions qui viennent d'être énoncées ;

3° Les contractants peuvent aussi s'entendre pour le versement au propriétaire de l'immeuble d'un loyer minime, pendant un temps prolongé, la majeure partie du montant du loyer revenant au preneur de la guelsâ dans la proportion de dix pour un, au maximum ;

4° Le propriétaire du sol vend la guelsâ et loue l'emplacement proprement dit à celui qui l'a achetée : cela constitue une vente, à n'en pas douter, et une location perpétuelle, la location étendant ses effets tant à l'égard des contractants qu'à l'égard de leurs héritiers... »

Pour comprendre ce texte il est nécessaire de faire remarquer, tout d'abord, que le mot guelsâ est amphibologique. « En matière de guelsâ, dit 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî', le rédacteur de l'acte emploie aussi bien le mot « guelsâ » que les termes « matériel de boutique consistant en ceci et en cela ». « Les guelsâ, notamment le matériel de meunerie » dit ailleurs Abd 'Al-Wâhid ben 'Âchir.

Ceci posé, le texte de Miyârâ semble bien viser deux situations juridiques différentes :

1° La cession d'une guelsâ déjà constituée. C'est l'opération juridique envisagée 1°, 2° et 3°, au texte ;

2° L'alinéa 4 du même texte paraît bien, en revanche, se référer à une constitution proprement dite de guelsâ, moyennant versement, par le preneur, d'une certaine somme. L'opération juridique se dédouble ici, suivant l'analyse juri-

dique de Miyârâ, en une vente de matériel d'installation et une location. Nous nous trouvons en présence d'un mode originaire d'acquisition de la guelsâ.

Le gzâ revêt dans les textes une forme symétrique de celle de la guelsâ.

« Quant à la terre de gzâ, sachez, dit As-Sidjilmâst¹, relativement à la vente des matériaux qui y sont placés, sans stipulation qu'ils devront être enlevés ou au contraire avec stipulation d'établissement à demeure, qu'il y a désaccord entre les docteurs ».

Ne nous y trompons pas ; ici encore il s'agit d'une cession de droits. L'hypothèse envisagée par les jurisconsultes musulmans est la suivante : le preneur à gzâ a bâti ou planté. Il vend ses constructions ou plantations à un autre qui entend, en outre, se substituer à lui dans sa situation de locataire. Le cas se ramène donc à une opération juridique double : vente et cession de bail².

7. Mais la physionomie juridique de l'institution ne peut être complètement éclairée que si l'on montre son but et la fin qu'elle se propose.

« L'acheteur de la guelsâ, dit le texte précité de Miyâra, peut s'attacher à ce que les choses achetées et qui sont énumérées dans l'acte restent là où les a achetées, de telle sorte qu'elles soient à demeure dans la boutique et qu'il empêche ainsi le propriétaire de l'occuper et de la louer à un tiers... Le but des contractants est alors d'établir la pérennité du droit du preneur et de faire interdiction au propriétaire d'agir... Les contractants peuvent s'entendre pour le versement au propriétaire d'un loyer minime... Cela constitue une vente et une location perpétuelle... »

1. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 8.

2. Cf. Réponse d'Abou-l-Fadhl Râchid, 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 3. Réponse d'Ibn Loubb, 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 2.

Pour le gzâ : « Si l'on tient compte du but poursuivi par les parties dans cet achat¹, il n'est pas douteux qu'elles achèteront la construction avec un droit d'établissement à demeure et non la valeur des matériaux détachés du sol. Ils ont en vue la jouissance du terrain, pour laquelle elles ont versé (un prix) au bénéficiaire du gzâ ».

Ici apparaît nettement le but de l'institution. Le gzâ et la guelsâ sont des moyens d'obtenir l'usage et la jouissance perpétuelle de l'immeuble habousé. Le procédé technique de réalisation est une location, compliquée d'une vente de matériel d'installation dans la guelsâ, et de construction ou de plantation au cas de gzâ.

Seulement, cette fin de l'institution ne va pouvoir être atteinte qu'au prix de difficultés considérables. Dans la théorie du droit musulman, l'opération juridique appelée guelsâ ou gzâ est, en effet, frappée d'une nullité radicale.

* * *

8. Le principe de cette nullité est posé avec une rare énergie par les auteurs.

« La guelsâ, dit Miyârâ², est un moyen de faire ce que le chra' interdit; et tout ce qui prête son concours à ce qui est illicite est illicite, par cela même. Le fait qu'une telle vente est de jurisprudence n'est pas suffisant pour la rendre licite : que de choses défendues ont été admises par la coutume ! Il se peut qu'à l'origine la guelsâ ait revêtu une forme licite. Plus tard les innovations en ont fait ce qu'elle est ».

« Les guelsâ, dit 'Abd Al-Wâhid ben 'Âchir, n'ont pas de

1. Achat de matériaux constituant un édifice construit sur une terre habous, sans stipulation de démolition de cette construction et d'enlèvement de ces matériaux ('Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 2). Nous avons vu plus haut que c'est sous cette forme qui se présente le plus souvent le gzâ dans les textes du droit musulman. Cf. également une citation d'Ibn Zarb, 'Amal, *op. cit.*, I, f° 64, p. 8.

2. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 64, p. 5.

base juridique »... Elles sont « une innovation dont la source ne se trouve dans pas la loi »¹.

Al-Majjâcî² déclare : « La guelsâ est parmi les choses mauvaises auxquelles les hommes se sont habitués ; elle n'a pas, en effet, sa source dans le chra'. Les premiers ouléma n'en ont jamais fait mention. Que Dieu préserve les gens et les habous de cette innovation profane ! ».

As-Sidjilnâst, conclut³ : « La guelsâ ne puise pas sa justification dans les principes du chra' ; elle n'est pas non plus assise sur le *qiyyâs* (raisonnement par analogie). »

Le même auteur consacre une longue démonstration⁴ à l'exposé de la controverse soulevée entre les docteurs par l'examen du caractère licite ou illicite du gzâ sous sa forme courante de vente de construction ou plantation faite sur le terrain d'autrui.

9. Sur le fond de ces controverses se détachent nettement les formes licites de la guelsâ et du gzâ.

« Le seul cas où la guelsâ est licite⁵ est celui où le contrat porte sur une boutique, ou autre local dans lequel le locataire a procédé à une installation, pour un terme connu et déterminé, et où, à l'échéance, le contrat est renouvelé... Si cet acte n'est pas renouvelé, le locataire ne pourra s'opposer à ce que le propriétaire dispose de sa chose, étant donné qu'il n'est ni associé ni copropriétaire. Tel est le droit le plus pur ; telle est la règle du chra' »⁶.

En ce qui concerne la vente des matériaux qui se trouvent sur un terrain donné en location pour un temps déterminé,

1. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 5.

2. Mohammar ben Al-Hasan Al Majjâcî, *Nawdzil trad.* Michaux-Bellaire in *Rev. du monde musulman*, 1911, t. XIII, p. 239-241.

3. 'Aïal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 8.

4. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 8, f° 62, p. 1-5.

5. 'Abd-Al-Qâdir Al-Fâsî 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 7-8.

6. Aboûl-I-Fadhl Rachîd. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 3.

avec cette clause que ces matériaux demeureront édifîés sur la terre prise en location, une telle stipulation est licite sans aucune objection. En effet le vendeur a vendu la *raqabâ'* des matériaux, plus l'intifâ' du terrain pour un prix fixé ».

« Il est licite pour celui qui prend à location une terre habous, de vendre, avant l'expiration du temps de cette location, les plantations qu'il a faites, à quelqu'un qui se substituera à lui jusqu'au terme fixé. A l'expiration de ce terme, l'acheteur subira le traitement de celui qui a fait les plantations ». Il s'agit, en l'espèce, d'un fermier qui a loué un terrain habous pour 30 ans et y a planté de la vigne².

En résumé, la guelsâ et le gzâ doivent satisfaire aux conditions suivantes :

S'agissant du contrat originaire de location, constitutif d'un gzâ ou d'une guelsâ, le terme doit en être connu et déterminé;

S'agissant de la cession de la guelsâ ou du gzâ par voie de vente d'installation de boutique, constructions ou plantations sur le terrain loué et de cession de bail, le cédant ne peut transmettre qu'un droit de jouissance limité dans sa durée, sur la boutique ou le terrain.

Or, la guelsâ et le gzâ font échec à ces règles à deux points de vue :

1° Le but poursuivi par les parties est, moyennant le versement d'un loyer minime, d'obtenir l'établissement à demeure de l'installation de boutique, de la construction ou des plantations, c'est-à-dire un droit de location perpétuelle.

2° La cession de la guelsâ et du gzâ, sous forme de cession de bail compliquée de vente de matériel de boutique et de construction ou plantation, enfreint, elle-même, la règle que nulle vente n'est valable si l'objet n'en est déterminé.

10. La durée maxima pour laquelle peut être consentie la

1. Le domaine éminent; ici la pleine propriété; s'oppose à intifâ'.

2. Al-Dja'dâlâ, 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 3.

location des biens habous a donné lieu à une controverse classique¹.

« Le principe, en matière de location, est que le contrat doit être passé pour une durée limitée et moyennant un prix déterminé². Il est également licite de louer au mois ou à l'année sans spécifier la durée. »

En ce qui concerne les habous, les maisons et immeubles semblables se louent à l'année; la terre habousée au profit de personnes déterminées se loue pour un, deux ou trois ans; la terre habousée au profit de personnes indéterminées, telles que les pauvres, peut être louée pour quatre ans.

Toutefois, en cas de nécessité, la durée des contrats peut être notablement élevée. Si, par exemple, une maison tombe en ruines, il est permis de la louer pour de longues années moyennant de quoi la réparer; et cela vaut mieux que de la vendre³. Il est dit au *Châmil* : est licite la location pour 40 ans d'une parcelle de terre habousée, pour y bâtir une maison, si le habous n'est pas constitué en faveur de personnes déterminées et si le locataire consent au versement d'une somme exorbitante de l'usage⁴. Les *Ahkam* d'Ibn Sahl rapportent qu'à Bathaliou⁵ une terre habousée fut louée pour 50 ans et qu'un local habousé fut loué par 'Alî Al-Mansour Ibn Abî 'Âmir pour une période de 70 années. Al-Bourzouli rapporte les mêmes faits et ajoute : « L'usage actuel est d'admettre la durée de 40 ans. J'ai vu également tolérer la durée de 50 ans pour la location d'une maison... On admet cette location par nécessité, comme on admet la validité du

1. Cf. Mohammad As-Suoussi, *op. cit.*, p. 127-128.

2. Les terres peuvent être louées pour un temps limité, qui varie de 1 à 10 ans, terme extrême (Khalil, trad. Seignette, p. 363, n° 1151; Tohfâ, trad. Houdas, p. 559, vers 1057).

3. C'est un cas d'*istighraq*. Cf. *infra*, n°s 36 et 40.

4. Cf. p. 11, le texte de Mîyârâ 4° et *in fine*.

5. Badajoz.

gzâ perpétuel pour la même raison : besoin du Bit Al-Mal, bien qu'il s'agisse du loyer de la terre. C'est là une conséquence du principe valable de la nécessité ».

Toutes ces extensions données au principe que les locations de biens habousés ne peuvent être de longue durée sont certainement contraires à la pure orthodoxie malékite¹. L'analogie relevée au texte précité de Bourzouli entre la location des habous et le gzâ montre qu'il s'agit là de pratiques coutumières. L'un des jurisconsultes que nous avons précédemment cités comme s'élevant contre la pratique du gzâ² admet pourtant implicitement la location d'une terre habous pour 20 ans. Mais si, même dans le fiqh, les règles du louage des terres habousées reçurent une interprétation large, jamais, du moins, la location perpétuelle n'y fut admise. « Le gzâ est une location », dit Ibn Mandhoûr³. « Dans le principe, la durée en doit donc être déterminée ». Guelsâ et gzâ, du seul fait qu'ils visent à donner au preneur les droits d'un locataire perpétuel, sont donc des actes illicites.

11. La cession du gzâ et de la guelsâ sous forme de vente de matériel ou de construction ou plantation constitue elle-même une opération illicite, en raison de l'indétermination de son objet.

Selon Miyârâ⁴, la guelsâ ne peut être licite que lorsque « l'acte qui l'établit spécifie qu'elle affecte tels et tels objets ». Lorsque « l'acte porte sur un ensemble, sans spécification d'aucune sorte, la guelsâ est à coup sûr illicite ».

1. Sur cette question de la location à long terme des immeubles habous. Cf. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 3, p. 6, 7 et Al-Mi'yâr Al-Djadid, VIII, 138, 230, 231, 278. Le danger de ces contrats est d'offrir aux locataires la possibilité de s'approprier l'immeuble. Un préjudice est, d'autre part, causé aux Habous en cas de plus-value de l'immeuble. Autant que possible, on évite ces inconvénients, en passant les contrats devant adoul, après expertise.

2. Al-Dja'dalâ, cf. p. 15.

3. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 2.

4. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 4-5.

Le même doute est soulevé, concernant la validité du *gzâ*, par les consciences scrupuleuses.

« De même qu'il y a controverse, dit As-Sidjilmâst¹, au sujet des ventes de matériaux avec stipulation d'établissement à demeure, de même il y a controverse au sujet des ventes de matériaux avec stipulation de leur enlèvement. »
 « On a prétendu² que la vente des matériaux n'est licite qu'à la condition qu'ils soient démolis, parce que l'on ne peut les évaluer que dans cet état... que les matériaux ne peuvent être vendus à un autre que le propriétaire du terrain, sans le consentement de ce dernier, à moins que la vente ne soit destinée à éteindre une dette, ou dans le cas de nécessité. En effet, l'acheteur, autre que le propriétaire du terrain, ignore s'il achète les matériaux eux-mêmes ou leur valeur ». Dans les *Ahkâm* d'Ibn Sahl il est également rapporté que, d'après Achhab et Sahnou'n, la vente des matériaux n'est pas licite, car le propriétaire du terrain a le droit de les prendre et les achète, tantôt pour leur prix, tantôt pour leur valeur.

En effet, à l'expiration du *gzâ*, la situation du locataire est celle de quelqu'un qui a bâti³ sur le terrain d'autrui. S'il vend à ce moment sa construction, le propriétaire a le droit de la prendre pour lui, en payant la valeur des matériaux après démolition ou leur prix de vente⁴. A cet effet le propriétaire a le droit d'exercer la *chouf'â* entre les mains de l'acheteur, et la vente est annulée entre ce dernier et le propriétaire de la construction⁵; si bien que l'acheteur de la construction n'est jamais certain, à de très rares exceptions

1. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 3.

2. Citation d'Ibn Salamoûn, *eod. loc.*

3. Ou planté, cf. Mohammad As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 122-123, Ibn Loubb, 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 2. Cf. également Al-Dja'dâla, *eod. loc.*, p. 3.

4. Ibn Sahl, 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 1, Ibn Abi Zamanain, *eod. loc.*, p. 5.

5. Sur cette question de la *Chouf'â* v. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 4, Mohamed As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 122-123.

près — consentement du propriétaire du terrain, vente des biens pour dettes, nécessité — que la construction lui restera. Il risque de ne recevoir que la valeur des matériaux de construction. La vente de la construction comporte donc une incertitude dans son objet. Dans la pure doctrine du droit musulman cette incertitude suffit à annuler l'opération. Ibn Loubb¹, il est vrai, rapporte qu'Al-Lakhmî a attaqué cette argumentation, car dans le *chra'* se trouvent des cas semblables où la vente est licite ; et As-Sidjilmâsî, tout en exposant la controverse, déclare qu'il est de doctrine dominante de valider la vente. Il est, en effet, très probable que la doctrine s'était fixée dans ce sens à l'époque où vivait ce jurisconsulte, que plus de cinq siècles séparent d'Al-Lakhmî ; dans cet intervalle toute une évolution doctrinale a pu se produire.

12. Quoi qu'il en soit, en droit pur, la *guelsâ* et la *gzâ* ne sont tolérés que sous la forme de locations à durée déterminée ; et c'est tout au plus si, à raison du caractère spécial des biens de fondation sur lesquels ils portent, le terme en a pu être reculé jusqu'à un délai qui ne semble pas avoir excédé 20 ans. Quant à la cession de la *guelsâ* et du *gzâ*, des précautions² sont prises pour que, sous son couvert, ne puisse être atteint le but illicite de ces deux opérations, qui est de conférer au preneur un droit perpétuel de jouissance sur l'objet loué. En conséquence, l'incertitude de l'objet de la vente du matériel d'installation dans la *guelsâ*, et de la construction dans le *gzâ*, est considérée comme un vice du contrat. Enfin, l'exercice du droit de *chouf'â* reconnu au propriétaire de l'objet lui permet d'éviter la cession du *gzâ*

1. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 5.

2. Cf. Ibn Dahhoûn : « La stipulation, dans la vente des matériaux, que l'acheteur devra les enlever, est un artifice que tous emploieraient s'ils en avaient connaissance » 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 8.

par le versement d'une indemnité représentative de la valeur des matériaux de construction.

Comme on le voit, la doctrine du *fiqh* est nettement hostile au principe même de l'institution.

*
* *

13. Ici comme ailleurs s'est produit le phénomène bien connu de dissociation entre le *fiqh*, droit religieux, théorique, que son origine révélée empêche d'évoluer suivant les besoins du moment, et le droit positif né de l'évolution continue de ces mêmes besoins. *Guelsâ* et *gzâ*, en dépit des prohibitions du *chra'*, sont donc entrés dans le droit positif musulman.

Ce sont d'abord des institutions coutumières, issues de la pratique journalière des affaires et puisant leur seule autorité dans le *consensus omnium* et la répétition des précédents. « Les *guelsâ*, dit 'Abd Al-Wâhid ben 'Âchir' n'ont pas de base juridique. Néanmoins, les gens de Fez ont pris l'habitude de les observer et d'y recourir ». « Étant donné, dit Al-Majjâcî¹, que la *guelsâ* est au nombre des coutumes bien établies »... Citant Al-Laḡânî, Al-Oudjhoûrî² enregistre en Égypte la même constatation : « Le Kholoû, dit-il, lequel est passé à l'état de coutume au Caire et dans les autres villes... « D'après la coutume établie, dit Ibn Mandhoûr³, la durée du *gzâ* est perpétuelle ».

Mais après avoir vécu — phénomène très normal dans le droit positif musulman — une existence extra-légale, la *guelsâ* et le *gzâ* ont été réintégrés dans le *fiqh* — phénomène

1. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 4.

2. *Op. cit.*, trad. Michaux-Bellaire, *Rev. du monde musulman*, 1914, XIII, p. 239-241.

3. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 7.

4. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 2, Adde Ibn Širâdj et Ibn Al-Mawwâz, f° 62, p. 1.

sinon unique, du moins fort anormal dans les annales du droit religieux musulman — par la jurisprudence, et, consacrés par les tribunaux, sont devenus des institutions licites. Une citation du Mi'yâr¹ énonce déjà : « Quant à l'opinion d'Ibn Al-Mawwâz, relative à la licéité de la vente (des matériaux de construction) faite avec stipulation d'établissement à demeure, la jurisprudence l'a peut-être admise depuis un certain temps jusqu'à ce jour ». Ibn Loubb² est plus affirmatif : « Quant à ce qui est devenu jurisprudence et qui est une coutume ancienne... » Résumant, enfin, en deux vers de son poème didactique, l'état de la jurisprudence à son époque, 'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî³ enseigne : « Quant à la guelsâ et au gzâ, la jurisprudence en a établi la pérennité ».

Comment la jurisprudence a-t-elle pu transformer ainsi une institution illicite dans son principe ?

14. Certains auteurs constatent la pratique de la guelsâ et du gzâ, l'enregistrent comme une institution du droit positif, mais ont soin de rappeler son caractère illicite ; tels Ibn Souddâ⁴ et Ibn 'Âchir⁵ pour la guelsâ ; Ibn Mandhoûr⁶ pour le gzâ. Il en est, comme Miyârâ, qui déplorent cette inobservation des principes du fiqh et regrettent qu'on ne puisse y revenir. D'autres, ayant pris résolument leur parti de l'état de choses, tentent de le justifier. Après avoir demandé à Allah de « préserver gens et habous de ces innovations profanes », Al-Majjâcî⁷ ajoute : « Cependant, étant donné que la

1. 'Amal., *op. cit.*, I, f° 62, p. 1.

2. 'Amal., *op. cit.*, I, f° 62, p. 3.

3. 'Amal., *op. cit.*, I, f° 61, p. 3.

4. 'Amal., *op. cit.*, I, f° 61, p. 3-4.

5. 'Amal., *op. cit.*, f° 62, p. 2.

6. 'Amal., *op. cit.*, f° 62, p. 2.

7. *Op. cit.*, trad. Michaux-Bellaire, in *Rev. du monde musulman*, 1911 t. XIII, p. 239-241.

guelsâ est au nombre des coutumes bien établies, certains ouléma dont la manière de voir est juste ont été d'avis qu'on pouvait la pratiquer et la présenter sous une forme juridique ».

Une première forme de cette présentation revient à justifier l'institution par sa nécessité. Nous avons déjà rencontré cette argumentation en examinant la question des locations à long terme ¹.

Un autre procédé de justification consiste à apprécier le caractère, licite ou non, de certaines situations juridiques, à les comparer avec le gzâ et la guelsâ et à en tirer *a fortiori* ou *a contrario* un argument en faveur de la licéité de ces deux dernières institutions. « Si le principe de l'institution, dit 'Abd Al-Qâdir-Al-Fâsf', est dans l'acquisition de la jouissance de l'objet par le moyen d'une location pour un temps déterminé, acquisition dont le caractère de légalité n'est pas discuté, il n'y a pas d'inconvénient à stipuler l'établissement à demeure du locataire. On trouve dans les ouvrages des imam l'indication du principe que j'énonce et des principes analogues. » Et l'auteur cite le cas de la cession d'un part d'associé dans l'exploitation d'une mine, opération licite, car « elle n'est pas, à proprement parler, une vente »; la location d'une mine de sel, acte juridique qui présente le même caractère; la cession de la pêche de l'alse et la vente des prairies d'Al-Qaççârîn à Fez. N'est pas licite, en sens inverse, la « cession d'une charge dans les habous ou de fonctions analogues, notamment les offices dans l'armée... le premier bénéficiaire n'ayant qu'un droit d'intifâ' qu'il ne peut ni vendre ni donner². » On se souvient, en effet, qu'il s'agit, en

1. Cf. *supra*, n° 10.

2. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 5

3. V. *end. loc.*, citation d'Ibn Rouchd, Ibn Maqlâch et Al-Bourzouli, 'Amal

matière de guelsâ et de gzâ, de menfâ' et non d'intifâ'. Les rapprochements tentés semblent d'ailleurs peu probants et les citations peu pertinentes.

La véritable justification est donnée par un texte d'Ibn Loubb'. « Quant à ce qui est devenu jurisprudence et qui est une coutume ancienne, il faut le ramener à un principe juridique, autant que faire se peut, qu'il y ait accord ou controverse. Il n'est pas nécessaire, en effet, que la jurisprudence soit absolument d'accord avec un rite déterminé et avec l'opinion doctrinale dominante ». La jurisprudence du gzâ et de la guelsâ puise donc sa justification dans son principe même : la jurisprudence est un procédé d'élaboration des normes juridiques¹.

15. En principe, le juge doit statuer d'après la doctrine dominante (*machhoûr*)². Est nul un jugement appuyé sur une opinion isolée³. Mais, à cette doctrine dominante, la solution jurisprudentielle est elle-même préférée, si elle est bien fixée. Tel est le sens de la règle posée par l'Amal Al-Fâsî⁴ : « la jurisprudence doit être préférée à la doctrine dominante ». Le commentaire de Sidjilmâsî cite à l'appui les dires des meilleurs auteurs. Le cadi 'Aïsâ⁵ déclare, dans ses Nawâzil : « Il n'est pas permis de statuer contrairement à la jurisprudence ». D'après Al-Mâjjaçî⁶ : « Le fait, par un cadi,

op. cit., I, f° 62, p. 6. Cf. également Mohammad As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 161-162, mêmes citations.

1. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 62, p. 3.

2. Le rôle de la jurisprudence dans le droit musulman n'a pas encore été dégagé et nous ne le croyons guère connu. C'est pourquoi nous nous voyons obligé d'en traiter avec quelques développements.

3. مشهور.

4. As-Sidjilmâsî 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

5. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

6. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

7. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7 et 17, p. 2.

de s'écarter de la jurisprudence de son pays est une cause de suspicion et de reproche; nous devons, en effet, observer la conduite de nos ancêtres. Mais on ne doit suivre que la jurisprudence bien établie. Partout ailleurs il faut s'en rapporter à la doctrine générale. Mouçthafâ', glossateur de Khâlîl, s'écrie : « Que de cas où la jurisprudence est contraire à la doctrine générale! »¹. L'autorité du fils d'Ibn 'Âctm, et même des « derniers maîtres »² tels qu'Ibn 'Attâb, Ibn Rouchd, Ibn Sahl, Ibn Zarb, Al-Lakhmî est pareillement invoquée³.

L'opinion contraire est soutenue par le jurisconsulte Aboû Mohammad 'Abdallah ben Stârf⁴ : « Si le demandeur invoque la jurisprudence d'Andalousie ou de tout autre pays, ce n'est pas un argument décisif. S'il ne s'appuie pas, d'une manière absolue et sans restriction ni distinction, sur la jurisprudence de Médine qui repose sur la Révélation et la Prophétie, comment peut-il, en effet, invoquer la jurisprudence de Cordoue comme un argument décisif⁵. »

Une longue réponse du cadî Ibn Farhoûn⁶, dans sa *Tab-cirâ*, remet les choses au point : le conflit de la jurisprudence d'un pays donné avec la jurisprudence de Médine pose la question de savoir si cette dernière jurisprudence a, ou non, la valeur de l'idjmâ'. Là n'est pas la question. Il s'agit de

1. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7 et 17, p. 2.

2. Le nombre de ces cas est en réalité considérable. V. les espèces indiquées par Miyârâ, 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7, par 'Al lzuâsni, 'Amal, *op. cit.*, II, f° 17, p. 1, et Az-Zaqqâq 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7. L'Amal tout entier est, avons-nous dit, un recueil de jurisprudence.

3. المتأخرون. Ce sont les jurisconsultes postérieurs au iv^e siècle de l'hégire. Les jurisconsultes antérieurs sont appelés les « anciens maîtres » المتقدمون ; ils sont, en quelque sorte, les classiques.

4. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

5. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

6. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

7. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 8.

savoir si la jurisprudence doit l'emporter sur la doctrine dominante. Or, les « derniers maîtres » du rite s'accordent à déclarer que la solution jurisprudentielle est un argument décisif, à moins que la coutume en honneur dans deux pays ne soit différente.

16. Une citation du fils d'Ibn 'Âcim, par Miyârâ¹, montre la formation de la jurisprudence : « Les derniers maîtres du rite, tels qu'Ibn 'Attâb, Ibn Rouchd, Ibn Sahl, Ibn Zarb, Al Lakhmî et leurs pareils, choisissaient et déclaraient légales certaines opinions et solutions dans lesquelles ils s'écartaient de la doctrine générale. La pratique des tribunaux et des fetwâ se conforma à ces préférences, en raison de ce qu'elles donnaient satisfaction aux intérêts généraux ; et la coutume les suivit. Or les jugements se conforment à la coutume et à l'usage. Al-Qarâfi, Ibn Rouchd et d'autres auteurs l'on dit ». As-Sidjilmâstî² conclut : « De tout ce qui précède il résulte qu'une opinion isolée ne peut être suivie par la jurisprudence tant qu'elle n'a pas été déclarée préférable, en raison des besoins généraux du moment, par un juriconsulte qualifié ».

La controverse engagée entre Ibn Stâri et Ibn Farhoûn va nous permettre de préciser encore la notion de la jurisprudence dans le droit musulman, en la distinguant de la notion voisine de coutume. Moçthafâ et At-Tatâi font en effet à Ibn Farhoun le reproche, — justifié, semble-t-il, — de confondre la jurisprudence et la coutume ; car ce dernier

1. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 7.

2. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 8.

3. V. le texte de la controverse entre Ibn Farhoûn et Ibn Stâri, 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 8. La confusion est assez fréquemment commise par les auteurs. V., ci-contre, le texte de Miyârâ. Cf. également Miyârâ, 'Amal, *op. cit.*, II, f° 64, p. 5, cité *supra*, p. 13 : « Le fait qu'une telle vente est de jurisprudence n'est pas suffisant pour la rendre licite : que de choses défendues ont été admises par la coutume ! »

cite un passage où Ibn Rouchd parle de « coutume d'un pays où tel objet est d'usage masculin et tel autre d'usage féminin ». Moçthafâ marque au contraire très énergiquement la différence qui sépare la coutume de la jurisprudence¹ : « Lorsque les ouléma disent : « telle est, ou a été, la jurisprudence », cela signifie que cette solution a été posée par les imam et qu'elle a été ensuite consacrée. Lorsqu'ils disent : « telle est la coutume », cela signifie simplement : « telle est la manière de faire du commun des hommes », sans que cette conduite repose sur l'opinion doctrinale ou jurisprudentielle ».

On ne peut distinguer avec plus de clarté la coutume et la jurisprudence, ni faire une analyse plus pénétrante de leurs caractères distinctifs. La coutume est une pratique juridique solidifiée. Lorsque le principe en a été adopté par un imam ou un jurisconsulte qualifié, et que le juge, l'estimant conforme à l'intérêt général, s'en sert pour motiver ses décisions, elle devient jurisprudence. Suivant le mot de Sidjilmâsi², la jurisprudence est « une opinion isolée, consacrée par les jugements des cadis ». Il semble aussi, mais cela ressort avec moins d'évidence des textes, que les solutions jurisprudentielles peuvent reposer directement « sur la coutume conforme aux intérêts généraux et à l'évolution sociale »³.

17. Encore faut-il que la jurisprudence soit fixée.

D'après Miyârâ⁴ : « Le cadi n'est tenu de suivre la jurisprudence qu'au cas où il est certain qu'elle s'est prononcée en ce sens plusieurs fois et émane d'ouléma auxquels on peut s'en rapporter ».

1. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 17, p. 1.

2. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 6-7.

3. Cf. citation d'Ibn Rouchd par Ibn Farhoûn, 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 8, donnée *in/ra* p. 28 et As-Sidjilmâsi, *op. cit.* et f° 17, p. 1.

4. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 17, p. 2.

La preuve de cette fixité est administrée dans la forme testimoniale ordinaire, c'est-à-dire par des adouls. Mais les témoins doivent être experts en la matière¹ (moustathbi-toûn). « La preuve de la jurisprudence² ne se fait pas, comme tu le vois faire de nos jours, par le témoignage d'un adel quelconque qui n'est pas informé du sens des expressions : doctrine générale³, opinion doctrinale isolée⁴ qui; à plus forte raison, ne sait ce qu'est la jurisprudence fixée en telle matière et, si tu lui demandes quels sont les ouléma qui ont jugé ou consulté à ce sujet, hésite et balbutie ».

18. L'autorité qui s'attache à la jurisprudence ainsi fixée oblige le cadi à statuer conformément à ses solutions. Suivant Al-Mâzarî⁵, certains docteurs estiment qu'il est interdit, même au *moudjtahid*⁶, de s'écarter de la jurisprudence de son pays et de tirer une solution de son propre effort, de crainte qu'il ne soit injuste et partial. Les principes du fiqh, il est vrai, commandent au moudjtahid, suivant le même auteur, de s'en rapporter aux suggestions de son effort législatif; et la même version est donnée par Al-

1. مستثبتون.

2. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 17, p. 2.

3. مشهور.

4. قول شاذ.

5. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 17, p. 1.

6. Jurisconsulte ayant l'*idjtihad* اجتهاد c'est-à-dire, le droit d'interprétation qui, en droit musulman, correspond au pouvoir de légiférer. On distingue : 1° le moudjtahid *ach-char'* qui a qualité pour interpréter le Coran et la Sounnâ; cette qualité n'appartient qu'aux compagnons du Prophète, à leurs descendants immédiats et aux imams fondateurs des rites; 2° Le moudjtahid *al-Mazhab* qui a qualité pour interpréter le rite; c'est un jurisconsulte jouissant dans le rite d'une autorité exceptionnelle; par exemple, dans le rite Malékite, Ibn Al-Qâsim et Sahnoun. On l'appelle aussi le moudjtahid. *Al-mou-thlaq*; 3° le moudjtahid *al-masd'il*, ou jurisconsulte ayant qualité pour traiter certains points de droit; une autorité du rite peut seule mériter ce titre, par exemple : Ibn Rouchd. Cf. Dozy. *Supplément aux dictionnaires*, v¹ مجتهد⁷ اجتهاد et de Slaue, *Prolégomènes*, III, 8.

Hatthâb et Miyârâ. « Mais la règle est d'ordre politique; et la considération d'ordre politique n'est nullement incompatible avec le *fiqh* ». Si la considération d'ordre politique oblige le moudjtahid à suivre la jurisprudence de son pays, à plus forte raison en est-il de même pour le simple *mouqallid* « ou non moudjtahid ». L'hypothèse d'un *cadi* moudjtahid est d'ailleurs rare, dans la pratique.

La jurisprudence ne doit être généralisée à d'autres pays qu'à bon escient. La solution jurisprudentielle n'est pas un argument décisif pour le juge si la coutume de deux pays est différente, c'est-à-dire, si la jurisprudence d'un pays est contraire à la jurisprudence du lieu où elle est invoquée. L'autorité de la jurisprudence est donc, en principe, territoriale, comme la coutume dont elle est issue. « Quant aux solutions jurisprudentielles données comme reposant sur la coutume conforme aux intérêts généraux et à l'évolution sociale, c'est là une question d'ordre général; et la solution jurisprudentielle constitue ici un argument décisif dont il n'est pas permis de ne pas tenir compte ».

Dans le commentaire, As-Sidjilmâsi¹ précise : « La jurisprudence particulière à certains pays ne doit pas être généralisée (à d'autres pays)... C'est une application du principe que le jugement bâfi sur la coutume varie avec la coutume elle-même. Quant à la jurisprudence qui repose sur l'intérêt général, son caractère de généralité est également évident et elle ne doit pas être appliquée simplement à un pays déterminé ». Et il cite l'exemple, donné par Al-Iznâsni, de la rescision de la vente pour cause de lésion.

« Cette jurisprudence, dit Miyârâ, même si elle est contraire aux règles du *chra'*, même si elle constitue une opinion doctrinale isolée, doit être suivie... » As-Sidjilmâsi dit

1. 'Amal, *ead. loc.* et f° 17, p. 21.

ailleurs ¹ : « une opinion isolée consacrée par la jurisprudence des cadis, si cette jurisprudence est fixée en ce sens, doit être préférée à la doctrine dominante ² ».

Mais il est nécessaire de bien comprendre la portée de la règle ainsi formulée. La jurisprudence peut aller à l'encontre de la doctrine dominante. Elle peut, dans ce domaine, primer les solutions données par un jurisconsulte qualifié, un des « hommes du choix » ou un moudjtahid, mais elle ne peut aller à l'encontre des *ouçoul*, bases du fiqh. La manière dont Ibn Farhoûn élimine de sa controverse avec Ibn Stârf toute discussion concernant l'autorité de la coutume de Médine, pour laquelle se pose la question de savoir si elle n'a pas la valeur d'un idjmâ' c'est-à-dire d'un *açl*, montre que, dans son esprit, aucune assimilation ne peut être tentée entre les ouçoul et la jurisprudence. Par cela même, le domaine de la jurisprudence, dans la théorie du droit musulman, se trouve limité aux *fouroû'* ³, c'est-à-dire aux applications faites, aux conséquences tirées des ouçoul par les jurisconsultes musulmans. Les principes eux-mêmes forment des bases intangibles ⁵.

1. 'Amal, *op. cit.*, II, f° 16, p. 6-7.

2. Miyârâ, 'Amal, *op. cit.*, II, f° 17, p. 2.

3. اهل الاختيار.

4. فروع m. à m. branches, ramifications. On traduit souvent ce mot par *branche du droit*. Ce terme, qui exprime chez nous l'idée des différents compartiments juridiques : droit civil, droit public, droit commercial, etc... est presque un faux sens, ici. — Il va sans dire que les points de droit non prévus par les ouçoul peuvent et doivent faire l'objet d'une jurisprudence conforme aux principes (Al-Wazzânî *Nouveau Mi'yâr* XI, p. 3).

5. La théorie que nous donnons est celle qui s'est formée dans le rite malékite. Le passage d'Ibn Farhoûn, cité au texte, donnerait à entendre que la jurisprudence joue le même rôle dans le rite chaféite. La question est posée dans les mêmes termes chez les Hanéfites. Ibn 'Âbidîn distingue « l'*orflafdh* عرف لفظي, qui sert à interpréter le sens et la portée des mots employés » (*Radd Al-Mokhtâr* III, p. 110) et l'*orl amali* عملي (*op. cit.*, III, p. 139) ou *ta'âmoul* تعامل qui est l'usage, l'habitude, la pratique judiciaire (*op. cit.*, IV, p. 293), et correspond, par conséquent, à la jurisprudence ou 'amal des



19. Le gzâ et la guelsâ n'enfreignent directement aucun

Malékites. « Ce ta'amoul est à considérer dans tout pays ». Ce qui n'a pas fait l'objet d'un *naçç* نَصَّ c'est-à-dire d'un verset du Coran ou d'un hadith, doit être régi par l'orfi (Al-Haskâfi, *Dorr Al-Mokhlâd*, IV, p. 281) et, par conséquent, par le ta'amoul. La force obligatoire de l'orfi résulte du hadith : « Ce que les Musulmans voient comme bon est bon devant Dieu (Ibn'Âbidîn, *op. cit.*, IV, 281) ; mais le *naçç* l'emporte sur l'orfi et ne peut être contredit par lui (Al-Haskâfi *op. cit.*, IV, 281). L'imam Abou Yousof préconise, il est vrai, la supériorité de l'orfi sur le *naçç*, par le curieux raisonnement ci-après : Le *naçç* n'est autre chose que la coutume du temps du Prophète, érigée par lui en *naçç*. Si le Prophète, de son vivant, avait vu l'orfi se modifier il n'aurait pas manqué de modifier le *naçç*. Or l'orfi change. Il peut donc modifier le *naçç* (Ibn 'Âbidîn, *op. cit.*, IV, 281, Al-Haskâfi, *op. cit.*, IV, 281). Mais la théorie d'Abou Yousof n'a pas été admise par le rite. Pour les auteurs hanéfites, l'orfi ou ta'amoul particulier à une ville ou un pays est sans force contre le *naçç* (Al Haskâfi, *op. cit.*, p. 20) à moins qu'il ne remonte à l'époque du Prophète, auquel cas il est à croire qu'il l'a consacré, ce qui équivaut à une disposition législative (*naçç*). En dehors de ce cas, l'orfi ou ta'amoul particulier ne constitue une source législative que s'il est commun à tous les Musulmans, car il a alors la valeur d'un *idjmâ'* (Ibn 'Âbidîn, *op. cit.*, IV, p. 20). Suit l'exemple classique du louage d'ouvrage dans lequel le tisserand est rémunéré par la propriété du tiers de l'habit à fabriquer. Un verset du Coran prohibe ce contrat. Bien que la coutume de certains pays l'admette, cette pratique est nulle parce qu'elle ne revêt point un caractère suffisant de généralité (Ibn'Âbidîn, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Dans cet exposé rapide on retrouve les traits caractéristiques de la théorie adoptée par les auteurs du rite malékite : d'une part, distinction entre la jurisprudence générale et la jurisprudence particulière, les effets de la première pouvant être assimilés à ceux de l'*idjmâ'*, l'une des quatre bases du droit musulman ; la deuxième étant, au contraire, sans force contre les ouçoul ; d'autre part, confusion entre la coutume et la jurisprudence. Il semblerait donc que le rôle de la jurisprudence dans le rite hanéfite dût être le même que dans le rite, malékite. Il n'en est rien : mais l'esprit libéral de ce rite, qui admet l'interprétation des textes dans leur esprit et non, seulement, dans leur lettre, a donné naissance à un mouvement de codification inspiré des travaux modernes similaires, de sorte que doctrine et auteurs ont vu leur rôle ramené au rôle d'interprétation dévolu à nos auteurs et à nos tribunaux. D'esprit beaucoup plus étroit, attaché à l'interprétation littérale des textes, le rite malékite

des ouçoûl. « Les premiers ouléma n'en ont jamais fait mention¹ ». Si, d'autre part, ces deux institutions « ne puisent pas leur source dans les principes du chra² et ne reposent point sur le qiyas³ » elles ne constituent pas une « innovation » impossible à rattacher aux institutions du fiqh. Ainsi s'explique qu'après bien des difficultés guelsâ et gzâ aient pu, l'une et l'autre, faire leur entrée dans le fiqh par le détour de la jurisprudence.

20. La prohibition de la location perpétuelle, posée par le fiqh, et les difficultés soulevées par sa transmission par voie de cession étant levées, on peut obtenir la guelsâ et le gzâ, tant par constitution directe, — c'est-à-dire par mode originaire, — que par cession, — c'est-à-dire par mode dérivé⁴.

Le bénéfice s'en acquiert également par voie de succession. En cas de décès du bénéficiaire, le droit passe à ses héritiers ; à leur défaut, il est acquis au Trésor Public. « Lorsque le défunt a un héritier légal, dit Al-Laqâni⁴, celui-ci, suivant la coutume, a droit au kholoû du *de cuius* sur la boutique. S'il meurt sans héritier, le kholoû est attribué au Trésor ». Le même auteur nous apprend « qu'au Caire et dans les autres villes, le Kholoû constitue d'importants héritages ».

Enfin, la guelsâ et le gzâ peuvent encore se former sans le consentement du propriétaire et à son insu. Un curieux

est demeuré, au contraire, asservi aux vieilles traditions. La jurisprudence y est dès lors intervenue pour tempérer la rigueur insupportable de la doctrine. Cette intervention lui a été facilitée par l'exemple de Mâlik qui, d'après une tradition célèbre, se serait inspiré de la coutume de Médine dans l'élaboration de sa doctrine.

1. Al-Majjâci, *op. cit. loc. cit.*

2. As-Sidjilmâsi, *op. cit.*, I, f° 61, p. 8.

3. Cf. les textes plus haut cités n° 6 *Add.* texte d'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 5.

4. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 7.

passage d'Ibn 'Āchir¹ le dit en termes formels pour la guelsâ : « Les guelsâ, notamment le matériel de meunerie, n'ont pas de base juridique. Néanmoins, les gens de Fez ont pris l'habitude de les observer et d'y recourir, de telle sorte que le propriétaire d'un immeuble dans lequel un moulin, par exemple, a été installé, n'a pas le droit, lorsque l'année pour laquelle la location avait été consentie est révolue, de faire évacuer le preneur ; cela, en raison de l'avantage que le propriétaire, leur a-t-il semblé, en retire. Le titulaire de la guelsâ est, en effet, contraint d'occuper le local, à cause du matériel qui s'y trouve, quand bien même il songerait à l'abandonner, soit à cause du mauvais état des lieux, soit parce que les transactions sont insuffisantes dans le pays ». Nous nous trouvons donc en présence d'un nouveau procédé de formation de la guelsâ. Il suffit qu'un locataire, pendant la durée de la location, procède, dans le local loué, à une installation à demeure (matériel de boutique, matériel de menuiserie... etc.) pour qu'à l'expiration du contrat il puisse réclamer la continuation du bail. Les mêmes droits appartiennent au locataire d'un terrain qui, pendant la durée du contrat, a bâti ou planté.

Pour justifier un droit aussi exorbitant, les auteurs² invoquent les avantages que le propriétaire de l'immeuble loué retire de cette combinaison. Quels sont donc les droits et devoirs réciproques qui résultent pour les parties de la situation ainsi créée ?

21. 'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâstî résume lui-même les effets du contrat dans les termes suivants³ : « Dans la coutume en vigueur à Fez, telle que je l'ai connue, aucune évaluation ne peut être faite que du consentement

1. 'Amal, *op. cit.* I, f° 61, p. 4.

2. *Addé* au texte de Laqâni, précité, 'Abd Al-Qâdir Al-Fâstî.

3. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 3.

mutuel (du propriétaire de l'immeuble et du bénéficiaire de la guelsâ). Le premier ne peut obliger le deuxième à accepter une modification quelconque, ni diminuer ni supprimer ses droits, ni le contraindre à faire abandon de son installation ou à la retirer, quand bien même son matériel serait détruit. Mais il est obligatoire pour le preneur de payer le loyer au propriétaire, qu'il jouisse ou non de l'immeuble ».

Telle est la charte des droits des parties.

Le propriétaire a le devoir de laisser le preneur jouir de l'immeuble. Il ne peut le contraindre à enlever son installation et louer à un autre¹. La destruction du matériel n'est pas, par elle-même, une cause de cessation du droit². De son côté, le preneur doit verser au propriétaire le montant du loyer, de beaucoup inférieur au loyer courant. « Le locataire est obligé au paiement d'un loyer minime », dit Ibn 'Âchir³. Un passage de Miyârâ⁴ nous révèle incidemment que « la majeure partie du montant du loyer revient au preneur, dans la proportion de 10 pour 1 au maximum ». Le quantum en est, d'autre part, fixé une fois pour toutes, et le propriétaire ne peut l'augmenter de sa propre initiative et sans le consentement du preneur. Telle est, du moins, l'opinion d'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî ; mais cette question est vivement controversée entre les auteurs. 'Abd Ar-Rahmân ben Mohammad Al-Fâsî⁵, oncle de l'auteur de l'*Amal*, prohibe seulement l'augmentation abusive du loyer par le propriétaire. « On en reviendra au loyer habituel, de façon à ne porter préjudice à aucune des deux parties. »

1. Abd Ar-Rahmân Al-Fâsî, '*Amal, op. cit.*', I, f° 61, p. 3, Miyârâ, f° 61, p. 4. Az-Zargâni, f° 61, p. 7.

2. Abd Ar-Rahmân Al-Fâsî, '*Amal, op. cit.*', I, f° 61, p. 3.

3. '*Amal, op. cit.*', I, f° 61, p. 5.

4. Miyârâ '*Amal, op. cit.*', I, f° 61, p. 5.

5. '*Amal, op. cit.*', I, f° 61, p. 4.

Telle paraît être également l'opinion d'Ibn Souûdâ¹ : « Lorsque le temps stipulé dans le contrat est écoulé, si des contestations au sujet des prix s'élèvent, le maître de la guelsâ sera contraint au versement d'un prix moyen et conforme à l'usage du pays au moment de la contestation. Le propriétaire de l'immeuble sera tenu de l'accepter. » L'auteur de l'*Amal Al-Fâsi* rapporte enfin² que le *cadi* en exercice à son époque a admis pour le propriétaire le droit d'augmenter le loyer à l'encontre du maître de la guelsâ, « ce qui est en opposition avec la coutume précédemment établie à Fez ».

Mais le loyer est dû par le maître de la guelsâ, qu'il jouisse ou non effectivement de l'immeuble. L'explication de cette exigence est très nettement donnée par les auteurs : « Lorsqu'il y a une crise dans le souq auquel appartient la boutique dont il s'agit, son loyer ne cesse pas d'être dû par celui qui la détient. Par le fait même que les objets dont il use ne cessent pas d'être sur l'emplacement occupé, le locataire est obligé au paiement d'un loyer minimum, en rapport avec ce qu'il aurait exigé lui-même (s'il avait loué). Par ce même fait, d'autre part, il prive le propriétaire³ de la jouissance de la boutique ».

*
* *

22. La physionomie de la guelsâ et du gzâ se degage maintenant de l'ensemble des textes.

Le but commun de ces deux institutions est de constituer

1. *'Amal, op. cit.*, I, f° 61, p. 3.

2. *'Amal, op. cit.*, I, f° 61, p. 7.

3. Ibn 'Âchir, *'Amal, op. cit.*, I, f° 61, p. 5; cf. 'Abd Ar-Rahmân Al-Fâsi, texte cité plus haut, *'Amal, op. cit.*, I, f° 61, p. 3. — Le bénéficiaire d'une guelsâ qui refuse d'acquitter la redevance ou qui laisse tomber en ruines l'immeuble grevé est présumé avoir renoncé à ses droits; *Al-Mi'yâr Al-Djadid*, VIII, 129, 131, 132.

à titre onéreux, sur un immeuble, un droit perpétuel de jouissance. Il pourrait être aisément atteint par le procédé de la location perpétuelle; mais le fiqh élève ici une prohibition radicale. La pratique essaie alors d'un détour : le locataire procédera à une installation (matériel de boutique, de meunerie, construction, plantation) qu'il vendra ensuite avec, au profit de l'acquéreur, stipulation de demeure perpétuelle sur les lieux. Les Docteurs de la Loi ont tôt fait de déjouer la ruse : l'opération n'est qu'une cession de bail déguisée ; pas plus que le cédant, le cessionnaire ne saurait avoir acquis un droit perpétuel de jouissance. Le réseau des prohibitions du fiqh semble même s'étendre encore lorsque les fouqahâ découvrent dans la nouvelle opération une nouvelle cause de nullité : le vice d'incertitude. La discussion s'éternisant, la jurisprudence intervient et, par un véritable coup de force, fait du gzâ. location perpétuelle des terres, et de la guelsâ, location perpétuelle d'immeubles bâtis, des institutions dont la validité est officiellement reconnue. Mais avant d'arriver à ce résultat des générations de jurisconsultes ont pâli sur la controverse, en pesant les termes, en mûrissant la solution. En droit musulman, toute question posée revêt le caractère d'un cas de conscience. Le droit n'est qu'une forme de la religion, le problème juridique un aspect du problème religieux qui le recouvre et l'efface. Avant que d'être un jurisconsulte le faqîh est un théologien. Et le problème juridique de la guelsâ et du gzâ était bien fait pour mettre à l'épreuve la conscience des Docteurs de la Loi.

23. Mais ce résumé de la controverse soulevée par le gzâ et la guelsâ ne nous en donne que la signification extérieure. Cette controverse ne saurait, en effet, être ramenée à une simple discussion de théologiens. En réalité, le droit religieux recouvre les intérêts profanes, dissimule le conflit des intérêts. Quels sont-ils donc, ces intérêts assez puissant

pour soulever, durant plus de huit siècles, une discussion dont les échos ne sont pas encore apaisés ? Cette institution qui poursuit implacablement sa fin et qui, ne pouvant l'atteindre par les moyens légaux ordinaires, la trouve dans le secours anormal de la jurisprudence, à quels besoins impérieux et continus répond-elle ? Quel est son rôle ? Quelle est son utilité ? Les textes ne peuvent ici nous être que d'un faible secours, tant la querelle du licite et de l'illite a hypnotisé les regards et monopolisé l'attention. Tout au plus peuvent-ils, incidemment, nous livrer des détails, précieux mais insuffisants. L'institution n'en demeure pas moins plongée dans une nuit profonde.

Nous allons essayer de la reconstituer en la situant dans le milieu où elle est née et s'est développée. En théorie, guelsâ et gzâ peuvent aussi bien être constitués sur des habous publics que sur des habous privés et sur des biens melk. Encore ce principe donne-t-il matière à contestation comme nous le montre un intéressant passage d'Al-Maj-jâci' « ... on a dit que la pérennité du gzâ peut être acquise s'il porte sur des Habous ou des biens du Sultan, non sur les biens d'un particulier, parce que, dans ce dernier cas, le propriétaire peut occuper lui-même son bien. C'est ce qui fait la différence entre les biens particuliers et ceux des Habous ou du Sultan. D'une façon générale, si la coutume d'un pays est que les particuliers soumettent leurs biens aux mêmes règles que les Habous, cela est licite. » Pratiquement, on ne rencontre guère de gzâ et de guelsâ que sur les habous publics et seuls les biens makhzen connaissent des situations symétriques. « Dans ces derniers temps, dit 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi², l'entente s'est faite et les conventions ont joué sur

1. *Op. cit.*, trad. Michaux-Bellaire, *loc. cit.*, p. 240. Al-Wazzânî, dans *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, n'admet pas que la guelsâ puisse être constituée sur des biens melk. Cf. VIII, p. 121-123.

2. 'Amal, *op. cit.*, I, f° 61, p. 5.

cette matière entre certains possesseurs de terrains et plus spécialement les détenteurs de biens habous ». Le champ de nos investigations se trouve ainsi délimité. Si la fortune de l'institution est liée à celle des Habous Publics, l'histoire de ces mêmes Habous doit nous livrer le secret de l'origine du gzâ et de la guelsâ, nous montrer leur rôle et les raisons de leur développement.

II

LE MILIEU HISTORIQUE

24. Rôle politique, social et économique joué par les Habous dans l'histoire du Maroc. Apogée. Affaiblissement du pouvoir royal. Décadence consécutive des Habous. Dilapidation par les Sultans et les nâdhir. — 25. C'est au moment de la décadence des Habous que la guelsâ fait son apparition dans la jurisprudence. Date Approximation. — 26. L'origine du gzâ remonte aux premiers siècles de l'hégire. — 27. Décadence du pouvoir central. Anarchie. Répercussion sur l'administration des Habous Publics. — 28. L'administration du nâdhir. — 29. Pénurie de capital. La location à long terme, instrument de crédit. — 30. Transformation automatique des locations à long terme en locations perpétuelles. — 31. Nouvelles méthodes de gestion. Le bon nâdhir. — 32. Le nâdhir négligent. — 32 bis. Le nâdhir malhonnête. — 33. Explication de la naissance et du développement de la guelsâ. — 34. Circonstances différentes pour le gzâ. — 35. Commune évolution à partir d'une certaine époque. — 36. Situation confuse à la veille du Protectorat. État de la doctrine et de la jurisprudence à cette époque. — 37. Les grandes lignes demeurent les mêmes. — 38. Le gzâ n'a point changé. — 39. La guelsâ s'est compliquée de modalités : *zind*, *'orf*, *halawd*, *meftâh ghibthâ*. — 40. Nouvelle situation-type : *l'istighraq*. — 41. La situation juridique n'a pas changé. La réalité économique est tout autre : grand mouvement de dépossession des Habous Publics.

24. Dotations que les établissements pieux, mosquées, medersa, hôpitaux, zaouïa, tiennent de la générosité des croyants; biens inaliénables, imprescriptibles, grevés de charges : aumônes, secours, distributions de subsides de toutes sortes; les Habous Publics sont une espèce de mainmorte distribuée en patrimoines d'affectation revêtant la forme de nos fondations et répartis entre les différents établissements. Dans une société comme l'Islam, où les administrations sont inorganisées ou rudimentaires, où le soin de veiller aux intérêts généraux est abandonné, pour une large part, à l'initiative privée, on conçoit aisément ce qu'une pareille institution peut-être appelée à rendre de services.

Le rôle politique, social et économique joué par les

Habous Publics dans l'histoire du Maroc est, en effet, considérable. Leurs capitaux ont été employés à construire des mosquées, des medersa, des hôpitaux; leurs revenus ont subventionné le culte, le haut enseignement, assuré le fonctionnement de nombreuses œuvres de bienfaisance et d'utilité générale: adductions d'eau, fontaines, bassins, abreuvoirs, services d'assainissement. Comprenant toute l'importance de ce rôle, le pouvoir royal surveille la régularité de leur administration, dirige leurs efforts, les soutient, au besoin, par des subventions. L'institution atteint son apogée à l'époque de la plus grande splendeur de l'Islam au Maghreb, sous les dynasties Almohade et Mérinide¹. Les intérêts généraux que représentent les Habous trouvent alors dans une autorité respectée l'appui et la protection indispensables.

Avec l'affaiblissement du pouvoir l'institution décline. La décadence commence déjà sous les Mérîdines. Un curieux passage de Léon l'Africain nous montre, en effet, le Sultan Abou-l-Hasan Aṣ-Sa'îd, engagé dans des guerres qui menacent de lui enlever son royaume, faisant argent de tout et, pour se procurer les ressources nécessaires à ses expéditions, vendant les biens habous malgré la résistance obstinée des habitants de Fez². A l'avènement des dynasties chéri-

1. H. Gaillard, *op. cit.*, p. 36.

2. « Anciennement les écoliers estoient nourris et vêtus en iceux (colleges) par l'espace de sept ans, mais pour le présent ils n'y ont aucun avantage que la demeure pour ce que par les guerres de Sahid, beaucoup de leurs possessions (dont le revenu estoit député pour cette affaire) furent gâtées et n'en est demeuré qu'une bien petite partie... tellement que les colleges ne sont fréquentés sinon de quelques étranges écoliers qui sont entretenus à l'aumône de la cité et du territoire d'icelle... » Léon l'Africain II, p. 77.

« Il y a dans Fez des hopitaux et des colleges qui en beauté ne cèdent en rien aux autres... Mais du temps des guerres de Sahid le roy se trouvant fort nécessaireux d'argent fut conseillé de vendre le revenu d'iceux, à quoy le peuple résistant fort obstinément et ne s'y voulant accorder un procureur

fiennes, la Berbérie qui, depuis la plus haute antiquité, n'a connu qu'à de longs intervalles l'autorité d'un véritable gouvernement, retourne définitivement à l'anarchie¹. Combats et dynasties se succèdent. A chaque changement de règne les troubles atteignent leur maximum d'intensité et le nouveau sultan se trouve obligé de reconquérir son royaume. Des réactions vigoureuses mais isolées tentées par quelques sultans comme Mouley 'Abderrahmân, Mouley Mohammed, Mouley 'Al-Hasanne peuvent qu'endiguer temporairement le cours fatal des dilapidations. Pendant les derniers règnes, ce sont les sultans eux-mêmes qui se mettent à dissiper les Habous Publics. L'institution, déchue de son ancienne splendeur, n'offre plus, en effet, qu'un intérêt bien amoindri. Dans le désordre général, il lui arrive même d'être détournée de son rôle traditionnel. Les revenus des Habous Publics sont encore assez importants pour constituer, dans certaines villes et à certains moments, une sorte de caisse noire à laquelle s'alimentent les intrigues des partis hostiles à la dynastie. Or, le pouvoir impérial dispose de certaines prérogatives : il peut, par un acte appelé *tenfid*², concéder la jouissance des biens habous, à titre temporaire et personnel (*intifâ*'), pour récompenser d'importants services rendus à la communauté musulmane par des hommes de guerre ou des savants, ou venir en aide aux membres de la famille royale qui se trouvent dans la misère; il peut aussi autoriser les échanges d'immeubles habous contre d'autres immeubles lorsque l'intérêt de la Fondation l'exige. L'exercice de ces deux prérogatives par les sultans donna lieu à des abus scandaleux, Mouley 'Abdelaziz et Mouley Hafid mirent les Habous

du roy... s'eut si bien dire et persuader que les possessions qui dépendoyent de ces hopitans furent vendues avec les rentes. » Léon l'Africain II, p. 77,

1. Augustin Bernard Le Maroc, p. 402, 403, 406, 419.

2. تنفید.

Publics en coupe réglée et les menèrent au bord de la ruine¹.

Venu d'aussi haut, l'exemple ne pouvait manquer d'être suivi par les nâdhirs. Les fondations sont donc mises au pillage par leurs administrateurs. A ces derniers, tous les moyens sont bons : détournements, dissimulations de rentes, exagérations de dépenses, destructions de titres et d'archives. L'impéritie des cadis, protecteurs officiels des Habous, laisse cette vénalité de donner libre cours, ferme les yeux sur la fabrication des faux titres dont trafiquent ouvertement les adoul.

*
* *

25. Or, c'est au moment où, avec le déclin de l'autorité des sultans, la décadence des Habous Publics commence, que la guelsâ fait son apparition. Un simple rapprochement de la teneur des textes avec l'époque où en vivaient les auteurs permet de situer cette date avec une approximation suffisante.

'Abd Ar-Rahmân Ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî², auteur de l'*'Amal Al-Fâsî*, mort en 1096 de l'hégire, nous présente la jurisprudence de la guelsâ comme définitivement assise. Le commentaire de Sidjilmâsi ne laisse sur ce point aucun doute. 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî, père d'Abd Ar-Rahmân, présente l'institution comme étant de création récente : « Puis, dans ces derniers temps, l'entente s'est faite et les conventions ont

1. H. Gaillard, *op. cit.*, p. 37. Les Tenfidâ, concessions de jouissance temporaire (intifâ), révocables au gré du Sultan, ont été supprimées. Toutefois, pour ménager les occupants, il a été décidé que les bénéficiaires seraient maintenus en possession contre paiement d'un loyer. H. Gaillard, *op. cit.*, p. 40. Cette réforme a été réalisée par Dahir du 13 août 1912 (10 Ramadhân 1331) non publié à l'Officiel.

2. Abou Zaïd Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir ben 'Alî ben Yoûsof Al-Fâsî, né en 1040/1630, mort en 1096/1685. V. Brockelmann, *op. cit.*, II, p. 460,

joué sur cette matière entre certains possesseurs de terrains, et plus spécialement les détenteurs de biens habous¹ ». Al-Majjâcî² dit que la guelsâ est au nombre des choses bien établies. Miyârâ et Ibn Soûdâ, professeurs d'Abd Ar-Rahmân Al-Fâsî, constatent, discutent et déplorent. Ibn Âchir, mort en 1040, Aboû Mohammad 'Abd Ar-Rahmân Al-Fâsî,³ son maître Al-Qaççâr et le maître de celui-ci : Ibn Choqroûn⁴, recherchent et discutent le fondement juridique de l'institution. Du x^e au xi^e siècle, toute l'école des jurisconsultes de Fez discute donc passionnément le problème juridique de la guelsâ et finit par se mettre d'accord sur sa formule jurisprudentielle⁵.

Plus obscure est la question de savoir à quelle époque la guelsâ est devenue une pratique coutumière. Ce qu'il y a de certain, c'est que son existence ne remonte guère haut dans le passé. Le *Mi'yâr* d'Al-Wancharisî⁶ rapporte peu de nawâzil sur la guelsâ. Les citations qu'en tire 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî, dans la fetwâ qu'il en a donnée, sont, nous l'avons montré, peu pertinentes. L'exemple de la vente d'une part de mine, emprunté à Ibn Rouchd, mort en 520 de l'hégire,

1. 'Amal, *op. cit.*, f. 61, p. 5.

2. Abou 'Abdallah Mohammed ben Al-Hasan Al-Maghrâwî Al-Majjâcî cadi et mufti de Fez en 1100 de l'hég. Auteur de *Nawâzil* réputés, imprimés à Fez.

3. Oncle d'Ali, grand-père de l'auteur de l'*'Amal* Al-Fâsî, surnommé Al-'Ârif Aç-Çoûfi.

4. M. ben Hibâ Al-Oudjiljî At-Tilimsâni, Mufti de Marrakech, commentateur de la Tilimsâniyâ, 983 hég. cf. Ahmad Bâbâ, *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 340.

5. C'est vers la même époque que l'école du Caire semble s'être occupée du Kholû; cf. les textes plus haut cités d'Al-Laqa'ni (Nâcir Ad-Dîn, né en 873, mort en 958 hég. : V. Ahmad Bâbâ, *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 336-337), d'Alî Al-Oudjhoûrî (mort en 1066 hég. v. Brockelmann, *op. cit.*, II, p. 84, 317) d'As-Sanhoûrî (mort en 1011/1602 v. Brockelmann, *op. cit.*, II, p. 84) d'Az-Zarqanî (mort en 1099/1688, Brockelmann, *op. cit.*, II, p. 84, 318).

6. Mort. 914/1508, cf. Amar, *Pierre de touche des fetwa*, Arch. Maroc., XII, introd.

ne présente, force est bien de le reconnaître, qu'un lointain rapport de similitude avec la cession d'une guelsâ. Il paraît donc raisonnable de supposer qu'avant de soulever entre les ouléma une passionnante controverse, la guelsâ a connu, pendant un ou deux siècles, une existence d'institution reposant sur le libre consentement des intéressés, tolérée par l'autorité, et que les tribunaux religieux ont longtemps ignorée ou voulu ignorer.

Ainsi, en trois ou quatre siècles, du VII^e au X^e siècle de l'hégire, la guelsâ prend naissance, se développe et trouve sa forme définitive. Or, c'est l'époque où, avec la décadence de l'empire des Mérinides et les désordres des dynasties chérifiennes, les Habous périssent, puis deviennent la proie des dilapidateurs. Il est impossible de voir dans cette circonstance un simple effet du hasard.

26. Interrogés suivant la même méthode, les textes relatifs au gzâ nous le montrent, au contraire, comme une institution dont l'origine remonte beaucoup plus haut dans l'histoire du droit musulman.

La jurisprudence est déjà fixée sur ce point bien avant la rédaction de l'*Amal Al-Fâsî*. Ibn Mandhoûr¹, qui vivait en 862, déclare que « la durée du gza est perpétuelle, suivant la coutume établie, et que l'opinion juridique est en ce sens² ». En réalité, la jurisprudence est déjà établie un siècle plus tôt, comme nous le montre le texte déjà cité d'Ibn Loubb³, mort en 782 : « Quant à ce qui est devenu jurisprudence⁴..... » qui nous apprend en même temps qu'il s'agit là d'une coutume ancienne.

1. Cf. Ahmad Bâbâ, *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 323.

2. *'Amal. op. cit.*, f° 62, p. 2.

3. Cf. Ibn Farhoûn, *Dibâdj*, p. 220. Ahmad Bâba, *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 219, 220.

4. *'Amal. op. cit.*, f. 62, p. 3.

Cette coutume ancienne, il est facile d'en suivre la trace. C'est elle qui forme la matière de la grande controverse engagée sur le caractère licite ou illicite de la vente des matériaux de construction avec stipulation d'établissement à demeure. Nous avons précédemment montré que cette opération est un détour inventé par la pratique pour constituer au profit de l'acheteur le droit perpétuel de jouissance qui ne peut lui être conféré par le procédé de la location perpétuelle. La « vente des matériaux avec stipulation d'établissement à demeure » devient matière à consultation pour des générations de jurisconsultes, depuis Aboû-l-Fadhl Râchid¹, mort en 675, jusqu'à Ibn Rouchd², Ibn Sahl³, Ibn Al-Qatthân⁴, Ibn Mâlik, Ibn 'Attâb⁵, Ibn Dahhoûn⁶. Au iv^e siècle de l'hégire, Ibn Zarb⁷ indique déjà par un sourire que la « vente des matériaux » n'est qu'un leurre. La stipulation que l'acheteur devra enlever ses matériaux est un « artifice que tous exploiteraient s'ils en avaient connaissance⁸ ». A trois siècles d'intervalle, Ibn Salamoûn⁹ et Ibn Abî Zamanâin¹⁰ discutent les termes de la formule de l'acte dans leurs *Wathâiq*.

On peut légitimement conclure :

1. Aboû-l-Fadhl Rachîd Al-Walîdî mort à Fez en 675/1276, cf. Amar, *Pierre de touche des Fetwa*, in *Arch. Maroc.*, XIII, p. 195.

2. Ibn Rouchd, mort en 520 hég., cf. Brockelmann, *op. cit.*, I, 384 et Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 279.

3. Ibn Sahl, mort en 486 hég., cf. Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 182.

4. Ibn Al-Qatthân, mort en 460 hég., cf. Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 40.

5. Ibn 'Attâb, contemporain d'Ibn Al-Qatthân dont il fut le collaborateur, cf. Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 40.

6. Ibn Dahhoûn mort en 431 hég., Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 140.

7. 'Amal, *op. cit.*, f^o 61, p. 8.

8. Ibn Zarb, né en 317 hég., vivait en 367. Porté sans doute par erreur comme mort en 331 au *Dîbâdj* d'Ibn Farhoûn p. 269.

9. Ibn Salamoûn Al-Kinâni, mort en 702 hég. Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 126, 143, 144, Brockelmann, *op. cit.*, II, p. 264, l'indique comme mort en 767/1365.

10. Ibn Abî Zamanâin, mort en 369 hég. Ibn Farhoûn, *Dîbâdj*, p. 270.

Comme la guelsâ, et pour les mêmes raisons de technique juridique, le gzâ n'a pu que difficilement être incorporé au chra'. Mais la guelsâ puise certainement son origine dans les désordres politiques qui ont abouti à la dilapidation des biens habous. De beaucoup son aîné, le gzâ semble s'être formé sous l'impulsion d'autres circonstances.



27. Un nâdhir administrateur ; des adoul chargés de dresser les actes juridiques nécessaires ; des collecteurs ou receveurs chargés de percevoir les revenus : loyers des maisons, boutiques, moulins¹, qui constituent la dotation de l'établissement ; tels sont les très simples rouages administratifs qui assurent le fonctionnement des Habous Publics².

Chaque Fondation constitue une masse de biens autonome, administrée par son nâdhir. Aucune Direction qui centralise les questions d'intérêt commun à plusieurs établissements ou à tous, qui exerce sur les Fondations une surveillance générale. Le contrôle est, en principe, exercé par le public, qui n'y manque point, car chaque Musulman est non seulement un adepte mais encore un gardien de la religion ; or, les Habous sont une institution de caractère essentiellement

1. « La plus grande partie de ces moulins dépend des temples et colleges ». Léon l'Africain, II, p. 88.

2. Vers l'an 900 de l'hégire, Léon l'Africain décrit dans les termes suivants le fonctionnement administratif de la grande mosquée de Qarawîn : « Le receveur des rentes du temple a un office à part, avec provision d'un ducat par jour, tenant sous lui huit notaires, qui ont, pour leurs gages, chacun dix ducats par mois, et six hommes qui reçoivent les deniers des louages des maisons, des boutiques et semblables choses, prenant pour leur peine 5 0/0. » (Léon l'Africain, II, p. 71). On peut l'en croire. Elevé à Fez, Léon, « à l'exemple des jeunes étudiants, remplit, pendant trois années, à raison d'un salaire de trois ducats par mois, les fonctions de notaire au grand hôpital. » (Léon l'Africain, introd. VII).

religieux. En cas de mauvaise administration du nâdhir, l'intérêt que les sultans portent à cette institution, bien qu'un peu lointain, serait donc vite mis en éveil par l'émotion publique, et la sanction serait sévère. Ainsi, tant que le pouvoir central est fort et respecté, le fonctionnement des divers établissements se trouve pratiquement assuré dans des conditions relativement satisfaisantes. L'affectation du capital et des revenus est prévue par le constituant ; les règles d'exploitation sont posées par la loi religieuse ; la surveillance et le contrôle administratifs confiés au soin de chacun. Si les ressources viennent à manquer le Sultan comble le déficit, en attendant que la générosité des particuliers, encouragée, provoquée, au besoin, pourvoie à de nouvelles donations.

Mais viennent la décadence du pouvoir central et le retour du Maghreb à son anarchie séculaire ; et le seul lien, déjà bien ténu et léger, qui maintenait l'unité entre les nombreux éléments du vaste patrimoine des Habous Publics se trouve définitivement rompu. Les fondations se trouvent alors former dans tout le territoire autant d'îlots dispersés, séparés. Nommés et révoqués au hasard des changements de règne et des fluctuations de la politique locale, pour des considérations absolument étrangères aux faits de leur gestion, les nâdhir se sentent livrés à eux-mêmes. Au milieu du désordre politique croissant, l'administration va devenir de plus en plus difficile. L'autorité est instable et changeante. Quand elle n'est pas hostile aux Habous Publics ou avide de leurs richesses, elle est impuissante à protéger un patrimoine dont elle se désintéresse, alors, de plus en plus. L'action du nâdhir se trouve ainsi arrêtée, limitée, tout au moins, quand elle s'exerce dans un sens favorable aux intérêts des Habous. Toute initiative lui est au contraire abandonnée dans le mal. Point de surveillance ; des sanc-

tions bien hypothétiques pour des collusions bien faciles. La situation des fondations décourage peu à peu les particuliers de leur faire de nouvelles dotations. Les brèches faites au capital n'étant plus qu'insuffisamment réparées par de nouveaux apports¹, le patrimoine des Habous s'appauvrit de plus en plus.

28. Ces circonstances si défavorables ne vont pas manquer d'influencer l'administration du nâdhir.

A son entrée en charge il a, supposons-le, trouvé une situation à jour, un inventaire dressé, une comptabilité arrêtée, une caisse comportant un fonds de roulement. Les archives, s'il en existait, étaient en ordre ; la comptabilité régulière. En revanche, point de fonds de réserve². La constitution, l'entretien et la conservation de ce capital supposent une prévoyance, une continuité d'efforts, une surveillance et un contrôle dont le souvenir est depuis longtemps perdu dans le milieu où nous nous plaçons par hypothèse. — Le fonds de roulement, lui-même, se réduisait à des sommes dérisoires : sous la gestion du précédent nâdhir les charges épuisaient les revenus. Connaissance prise de la situation de l'établissement, c'est-à-dire, après avoir inventorié les ressources et les charges, recensé les biens qui forment la dotation de l'établissement, examiné les contrats de location, inspecté les locaux, le nâdhir débute dans son administration.

29. Qu'il lui faille faire l'avance d'une somme importante, le voilà aussitôt très embarrassé. Or, des circonstances multiples peuvent rendre nécessaires des avances de capitaux considérables. Tantôt c'est une boutique ou un atelier à

1. Cf. n° 29, note 1 *infra*.

2. Tous les revenus d'une mosquée ne doivent pas être engagés. Il y a lieu de prélever sur ces revenus un capital de réserve. Sur son emploi, cf. *Amal op. cit.* f° 8, p. 3.

louer, dont le preneur exige un aménagement nouveau ou une remise à neuf; tantôt c'est un moulin dont le matériel réclame une réfection partielle¹. Comment se procurer les avances nécessaires? Il ne faut point songer aux revenus. Leur affectation est impérieusement commandée par les charges de la Fondation et les prélèvements qui peuvent en être opérés ne sauraient être suffisants. D'autre part, les sultans ont perdu depuis longtemps l'habitude d'accorder les secours extraordinaires avec lesquels on faisait face aux imprévus. Les nouvelles constitutions deviennent rares, elles-mêmes², et les affectations qu'elles prévoient ne cadrent pas avec les besoins les plus urgents. La loi autorise, il est vrai, l'échange des biens habous; mais c'est là un moyen bien peu pratique de se procurer de l'argent. Enfin tout emprunt est légalement impossible. Les biens de la Fondation sont inaliénables et leurs revenus engagés; juridiquement, l'établissement est donc un insolvable. Une seule combinaison s'offre au nâdhir : obtenir que le locataire se charge de la dépense; lui accorder, en compensation, une augmentation de durée de jouissance et une diminution du prix de location, proportionnelles aux avances consenties. Économiquement c'est le seul moyen de crédit dont le nâdhir puisse disposer.

Ainsi s'explique que la location à long terme des biens

1. Pour des raisons qui restent à déterminer la guelsâ ne s'est pas étendue aux maisons d'habitation. On ne la trouve guère que sur les boutiques, moulins, ateliers, tanneries, fondouqs.

2. Il n'est question ici que des constitutions de habous faites directement au profit des établissements publics. Les constitutions de habous privés ont toujours été fréquentes pendant les périodes troublées de l'histoire marocaine, car elles étaient un excellent moyen pour les particuliers d'éviter la mainmise des sultans sur leurs fortunes. Mais alors l'établissement gratifié n'était appelé qu'en dernière ligne et après extinction de tous les dévolutaires intermédiaires, ce qui empêchait le nâdhir de faire entrer ces ressources en ligne de compte dans ses prévisions budgétaires.

habous, illicite dans son principe, ait été de bonne heure admise par la doctrine musulmane¹. A partir d'une certaine époque, la condition économique des Habous Publics commandait impérieusement cette solution. La forme d'administration s'imposait comme une nécessité au nâdhir, devenait pour lui un procédé normal d'exploitation.

30. On peut maintenant imaginer sans peine des circonstances qui vont transformer les locations à long terme en locations perpétuelles.

Un bail arrive à expiration. Le locataire refuse de vider les lieux. Pendant la gestion du précédent nâdhir il a fait, par exemple, d'importantes réparations à l'immeuble, aménagé un local, achalandé une boutique, installé un atelier ou un matériel de menuiserie, construit ou planté sur le terrain loué. Point d'expulsion possible sans indemnité préalable. La difficulté de trouver des capitaux se représente pour le nâdhir, mais singulièrement aggravée par une situation acquise, véritable passif qu'il lui est impossible de liquider. Le but du locataire qui refuse de vider les lieux n'est point, en effet, une indemnité ; la lui offrirait-on, qu'il refuserait de l'accepter. Le plus souvent, il a tout intérêt à demeurer aux mêmes conditions dans le local où il a installé son magasin ou son atelier, dans le quartier où il s'est créé une clientèle et où il exerce un négoce profitable. Si les affaires ont périclité, il a quitté ou quittera de lui-même le local pour se soustraire au paiement d'un loyer onéreux. Dès lors, si le nâdhir dispose, par hasard, de la somme nécessaire pour désintéresser l'occupant, celui-ci va mettre en œuvre tous les moyens d'obstruction possibles : influences, menaces, tractations. Le locataire appartient à un çof et compte des partisans dont le nâdhir risque inutile-

1. Cf. les textes cités n° 10, *supra*.

ment de s'attirer l'inimitié; inutilement, car l'expulsion doit pouvoir, en définitive, s'accomplir par la force; et le nâdhir, s'il y est lui-même décidé, sent l'autorité peu disposée à recourir aux moyens violents. C'est donc en vain qu'il chercherait à s'élever contre les situations acquises. Un courant irrésistible l'entraîne, qu'il ne peut remonter, qu'il doit nécessairement suivre. S'il est honnête, énergique, s'il trouve derrière lui un cadî qui remplisse son rôle de protecteur officiel des Habous, il renouvellera simplement le bail pour une durée plus ou moins longue, mais limitée : cinq, dix, vingt ans¹. S'il est faible, négligent ou malhonnête, il laissera les choses en l'état. Cette situation de fait s'éternisera, deviendra, à la longue, inattaquable, passera dans les habitudes, se transformera en coutume. Un jour, la jurisprudence devra la régulariser.

31. Aussi bien est-ce trop exiger du nâdhir que lui demander, dans de pareilles circonstances, d'appliquer intégralement les anciennes méthodes de gestion des patrimoines des Fondations. Les Habous Publics sont une main-morte dont les revenus sont grevés de charges. L'état du capital importe donc assez peu; l'essentiel est qu'il produise les revenus nécessaires à la marche des établissements. Le bon administrateur, n'est pas celui qui recule devant tel ou tel procédé d'amodiation, craignant de trop engager l'avenir; c'est celui qui assure la vie de la Fondation qu'il administre, en lui garantissant un revenu fixe aussi longtemps que possible, en l'empêchant de subir les fluctuations du cours des loyers. Le nâdhir habile fait mieux encore :

1. La ville de Salé, par exemple, ne compte qu'un nombre insignifiant de guelsâ. Les gza sont tous passés dans la forme de baux de 20 ans. Cette situation, particulièrement favorable, serait due à la longue judicature d'un cadî énergique, pendant les années qui ont immédiatement précédé l'occupation française.

par des combinaisons ingénieuses, il rend leur productivité à des immeubles depuis longtemps inhabitables. Il trouvera, par exemple, preneur pour un immeuble délabré et depuis longtemps inhabité, en consentant une location à long terme, moyennant la remise en état des lieux. Cela ne vaut-il pas mieux que de vendre? La Fondation n'est pas seule à bénéficier d'une augmentation de ses revenus. Les traitements de ses administrateurs sont naturellement en fonction de ces mêmes revenus¹.

32. Enfin nous avons toujours supposé, jusqu'ici, un nâdhir consciencieux et énergique. Il y a aussi le nâdhir négligent et le nâdhir malhonnête.

Le nâdhir négligent s'en repose sur ses percepteurs (*qâbidh*) du soin de l'administration, exigeant simplement qu'ils lui remettent à des dates fixes les revenus dont il est comptable, leur laissant, au surplus, la plus grande initiative dans le choix des moyens, ignorant la plupart de leurs tractations, fermant les yeux sur les autres.

Devenus en quelque sorte les fermiers de la Fondation, les percepteurs ne reculeront devant aucune combinaison pouvant leur assurer des revenus fixes. Le refus systématique qu'ils opposeront obligatoirement à toute demande de réparations des locataires d'immeubles multipliera les situations de fait dans lesquelles nous avons vu l'origine des locations perpétuelles de biens habous. Avec le temps, ces situations se compliqueront encore. Un locataire qui a précédemment engagé des dépenses d'entretien ou d'améliora-

1. Ainsi les revenus de Qarawîn sont partagés à raison de 1/10 pour les percepteurs, 2/25 pour les nâdhir et adoul, 1/25 pour le préposé au registre. Le traitement du nâdhir et des adoul n'est donc pas fixe, mais subordonné à l'importance de l'établissement qu'ils administrent. *'Amal*, comm. de Sidjilmâsi, f° 7, p. 8 et f° 8, p. 1, 2. *'Amal Al-Mouthlaq* de Sidjilmâsi, f° 40, p. 7. Cf. toutefois le texte de Léon l'Africain, cité *supra*, n° 27.

tion ne pourra en exposer de nouvelles et devra faire appel à d'autres capitalistes, avec lesquels il partagera la jouissance de l'immeuble. A la longue, le nombre des ayants droit à cette jouissance finira par devenir considérable, par le seul jeu des nécessités économiques, parfois même sans que l'Administration des Habous s'en aperçoive. Dans certains cas, le qâbidh ira jusqu'à se désintéresser complètement de la gestion d'immeubles par trop improductifs. Ne pouvant, par exemple, louer les boutiques dont le revenu constitue le traitement d'un professeur, il remettra à celui-ci les clefs desdites boutiques pour y habiter, les louer lui-même s'il trouve preneur, en user, en un mot, comme il le pourra.

32 bis. — Pour les nâdhir malhonnêtes, la location à très long terme ou perpétuelle est un moyen facile de fraude, parmi tant d'autres. Sans doute, bien d'autres procédés plus efficaces s'offrent, dont il ne se font pas faute d'user : détournements, dissimulations de revenus, exagérations de dépenses. Mais ce sont là des moyens brutaux dont le cynisme répugne à bien des natures, des manœuvres facilement percées à jour et qui, toujours, font courir quelque risque à leur auteur. Le détour de la location permet, au contraire, de conserver une façade d'honnêteté. Bien vite, la passation du contrat commandé par les circonstances deviendra donc de pratique courante. Il est aisé pour le nâdhir d'accorder au preneur les concessions qu'il demande en se faisant payer sa complaisance. Opération commode, et profitable, et sûre !

33. La réunion de toutes ces circonstances nous paraît expliquer d'une manière satisfaisante la naissance et le développement de la guelsâ.

1. Cf. les exemples donnés, *infra*, sous le n° 41.

Visiblement, l'institution est le produit de la décadence des Habous Publics. Nous avons montré quelles vicissitudes politiques marquent son apparition dans l'histoire du Maghreb. Biens de main-morte, inaliénables, imprescriptibles, fractionnés en patrimoines d'affectation grevés de charges, les Habous Publics constituent un vaste domaine dont la conservation et la bonne administration ne peuvent être assurées que par une autorité puissante. L'écroulement de cette autorité livre les Fondations à l'arbitraire d'un pouvoir instable, à l'avidité des aventuriers qui s'y succèdent, les abandonnent à la direction impuissante, incapable ou malhonnête des seuls nâdhir. L'administration de ceux-ci se ressent nécessairement de leur remplacement incessant et perd tout caractère de continuité. Tous ses revenus ordinaires engagés, la Fondation ne peut plus faire face aux dépenses d'entretien, indispensables pour conserver au capital de la dotation toute sa productivité. Le nâdhir se trouve ainsi acculé à des combinaisons, les seules possibles, qui comportent l'établissement de baux à long terme ou perpétuels. La guelsâ, dès lors créée, ira, par la suite, se développant.

34. L'origine du gzâ nous semble conditionnée par des circonstances différentes. C'est un procédé d'amodiation de la propriété foncière, non de la propriété bâtie¹ comme la guelsâ ; et l'on sait que ces deux formes de la propriété obéissent à un régime très différent. L'apparition du gzâ, croyons-nous, remonte, d'autre part, aux premiers siècles de l'hégire, par conséquent à une époque où les vastes domaines conquis devaient trouver difficilement preneur à bail, et la rareté de la demande imposer au bailleur la concession d'importants avantages. C'est une situation semblable des fonds provinciaux qui a donné naissance dans le droit

1. V. *supra*, n° 29, note.

romain à l'emphytéose. Le *gzâ* présente avec cette institution trop de ressemblance pour qu'on ne soit pas tenté de lui assigner la même origine qu'aux contrats du Bas-Empire. On peut admettre aussi que les Musulmans n'ont pu radicalement supprimer, s'ils l'ont voulu, ces institutions pré-existantes. Très probablement, enfin, la pratique du *gzâ* a été influencée par les procédés de gestion du droit public musulman. Dans cette législation, la jouissance des terres conquises demeure régulièrement aux occupants moyennant le versement du *kharâdj*, qui présente bien moins le caractère d'un impôt que d'une redevance due en conséquence d'un contrat de location perpétuelle. On connaît, enfin, la théorie construite par la doctrine musulmane, suivant laquelle la terre de *kharâdj* constitue un *waqf* ou habous au profit de la communauté musulmane. La location à long terme des terres habousées peut très bien avoir pris naissance en imitation du *kharâdj*, peut-être, aussi, d'autres formes de tenures encore peu étudiées et mal connues ¹.

35. Que le *gzâ* ait, d'ailleurs, été, par la suite, influencé par les mêmes circonstances que la *guelsâ*, c'est ce qui nous paraît hors de doute. Dès que le Maroc se trouve plongé dans l'anarchie politique, une commune vieillesse unit tous les biens habous. Le *nâdhir* qui, dans la dotation de l'établissement qu'il administre, trouve, à la fois, des terres et des boutiques, ne voit plus dans les unes comme dans les autres qu'un capital dont le revenu doit être maintenu par tous les moyens. Dans la mesure où elles s'y prêtent, les terres seront donc soumises à des combinaisons symétriques de la *guelsâ*; elles seront l'occasion des mêmes fraudes et des mêmes abus.

¹. Cf. Arin, Les démembrements de la propriété foncière. *Rev. du Monde Musulman*, 1914, p. 296, 297.



36. A la veille du Protectorat la situation des biens habous publics se révélait singulièrement confuse. Les occupants invoquaient des droits répondant aux appellations les plus diverses, variables avec les régions : menfa'â intifâ', gzâ, guelsâ, *istidjâr*, *zinâ*, *halawâ*, *ghibthâ*, 'orf, *meftâh*, *istighrâq*, *çarouâtâ*¹. Sur un même immeuble s'enchevêtraient plusieurs droits : guelsâ, zinâ, meftâh, réclamés par des bénéficiaires différents. Depuis l'époque où Sidjilmâsi commentait le poème didactique d'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi, la coutume avait repris son lent travail d'évolution, modifiant peu à peu la jurisprudence et la doctrine de la guelsâ et du gzâ.

Ce qu'était alors l'état de la doctrine et de la jurisprudence, nous le savons par les travaux de la Commission d'Études réunie « pour préciser la théorie des droits de gzâ, guelsâ, zinâ, de clé, d'istighrâq et de menfa'â au point de vue légal et coutumier, indiquer les règles qui s'y rattachent et déterminer la redevance due aux Habous, propriétaires du fonds ». Les procès-verbaux de cette commission, composée d'ouléma réputés, reflètent la physionomie prise à l'époque par ces institutions. Travaux préparatoires du Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebî' II 1332), ils ont servi de point de départ à l'œuvre entière du Protectorat. Leurs indications, complétées par les textes du *Mi'yâr Al-Djadîd*², dont l'au-

1. On constate même l'existence de gzâ sur les eaux. Il s'agit, très probablement, de la vente ou location des eaux que les Habous ont en excédent. Cf. Amar, *op. cit.*, II, 372, 'Amal, *op. cit.*, f° 17, p. 3 et s. *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, VIII, p. 343 et s.

2. Recueil de Nawâzil modernes, intitulé le « Nouveau Mi'yâr » en souvenir du Mi'yâr d'Al-Wancharisi. Ouvrage très intéressant, car il donne le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence musulmane au Maroc. Edition lithographiée, Fez, 1328/1910, 11 vol. Cf. note Mispoulet in *Rev. du Monde Musulmann*, 1913, T. 24, p. 298-310.

teur vit encore, nous montreront l'aspect que revêtait la question dans le dernier état du droit.

37. On y retrouve les principes généraux que nous avons dégagés. L'institution tire son origine ou son développement de l'état de déperissement dans lequel se trouvent les biens habous. La plupart des contrats qui lui donnent naissance s'adressent à des immeubles improductifs ; pour le *gzâ* : « un terrain vague, inondé par les eaux ou peuplé de jujubiers » ; pour la *guelsâ* : « une fabrique, un atelier, une boutique » que le *nâdhir* « est incapable de remettre en état », dans un pays « à peine peuplé ou en partie ruiné » ; pour l'*istighrâq* : « un immeuble délabré ». La mise en valeur est toujours assurée par le même procédé d'amodiation : un bail à long terme ou perpétuel, qui fait naître au profit du preneur un droit de jouissance, perpétuel ou de longue durée. Mais aux deux situations-types : *guelsâ* et *gzâ*, précédemment analysées, est venue s'en adjoindre une troisième : l'*istighrâq*.

38. Le *gzâ*, appelé aussi *istidjâr*, n'a point changé. C'est une location de terre, avec faculté de bâtir ou de planter. Si le preneur use de cette faculté, il acquiert la propriété des constructions ou plantations qu'il a faites. Deux propriétés distinctes se trouvent alors superposées sur l'immeuble : le tréfonds, dont la propriété appartient aux Habous et sur lequel le locataire n'a qu'un droit de jouissance, perpétuel ou de longue durée ; et les superficies, dont le locataire est propriétaire en totalité. Si le preneur n'a ni bâti, ni planté, il est simplement locataire perpétuel ou à très long terme de la terre¹.

1. Situation comparable à celle de la *đjadāriyâ* جدارية tunisienne : « L'origine en est la longue durée d'occupation de la ferme par le cultivateur. La perennité du droit est acquise au locataire moyennant versement d'un loyer fixe, en raison de la vivification de la terre. Elle ressemble au

39. La physionomie de la *guelsâ* s'est, au contraire, compliquée de la *zîná*, de l'*orf*, de la *halawá*, de la *meftdâh* et de la *ghibthâ*.

Les travaux de la Commission d'études représentent la *zîná* comme « une branche de la *guelsâ* », consistant à « garnir le local du matériel meublant, vitrines ou accessoires analogues utiles ». Nous avons déjà rencontré cette situation. C'est évidemment un cas de *zîná* qui vise le passage d'Ibn 'Âchir, cité par l'*'Amal Al-Fâsi*¹, où il est dit que « le propriétaire d'un immeuble dans lequel un moulin, par exemple, a été installé, n'a pas le droit, lorsque l'année pour laquelle la location avait été consentie est révolue, de faire évacuer le preneur », en raison de l'avantage que le propriétaire trouve à cette nouvelle situation². Nous y avons vu un procédé nouveau de constitution de la *guelsâ*, différent du contrat de location. L'analyse juridique, si l'on tient compte des considérations précédemment exposées sur l'origine et le développement de la *guelsâ*, corrobore cette manière de voir.

Nous avons montré par quel fatal concours de circonstances les locataires des immeubles habous ont été conduits à en prendre les frais d'entretien à leur charge, sauf à recevoir une compensation, consistant dans la prolongation de la durée de leur bail et la transformation de leur droit temporaire en un droit de jouissance perpétuel

Hakr حكر égyptien. Elle est prohibée en Tunisie depuis 1293. » Mohammad As-Snoûsi, *Mathla' Ad-Dardî*, p. 164.

1. *Amal*, *op. cit.*, f° 61, p. 4, cf. *supra* n° 20.

2. Cf. Mohammad As-Snoûsi, *op. cit.*; p. 161 ; 162 : « L'origine (de la *guelsâ*) en est que le locataire prend une boutique ou autre immeuble du même genre, au mois ou à l'année, pour une durée déterminée ou non. Cette situation s'éternise... son congé ne lui est pas donné... Il en résulte pour lui le droit d'être préféré à tout autre. » Cf. également même auteur, *op. cit.*, p. 164, définition du *Kidîk* كدیک ou *guidîk* چدیک.

ou de longue durée, c'est-à-dire en un monopole de cette jouissance¹. Nous avons dit comment, à leur tour, les locataires, incapables d'assurer à eux seuls l'entretien de l'immeuble et du matériel qu'ils y avaient installé ont dû, dans ce milieu économiquement appauvri, faire appel à l'association et céder une part de leur monopole, en échange des capitaux nécessaires. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que le bénéficiaire de la menfa'â la cède, en totalité ou en partie. L'opération se sera souvent accomplie en dehors de toute intervention du nâdhir des Habous.

L'institution de la zînâ trouve donc sa justification juridique dans une théorie qui rappelle à plus d'un titre le système adopté par notre droit civil en matière d'impenses nécessaires et utiles. L'une et l'autre puisent leur fondement dans cette idée que nul ne doit s'enrichir injustement. Les Habous auraient dû, à l'expiration du bail, rembourser au locataire le montant des dépenses justement exposées par

1. Cf. Mohammad As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 162 : « Le kholoù de la naçbâ نصبة, c'est le kholoù acquis par dépôt d'instruments. Moyennant le versement du loyer, la pérennité du droit est acquise au locataire. L'origine en est que les immigrés venant du pays des Turcs, lorsqu'ils avaient loué une boutique non meublée et l'avait pourvue de tous les immeubles, meubles et ustensiles professionnels nécessaires, se plaignaient, si le propriétaire ou le nâdhir voulait les expulser à l'expiration de la location, de perdre ce avec quoi ils avaient complété l'ameublement du local. Comme les propriétaires et les nâdhir ne meublaient point les boutiques des objets nécessaires, — ce qui ne les empêchait point de louer aux artisans ; comme ceux-ci supportaient la dépense ; le principe fut posé que le locataire qui aurait apporté des meubles avec l'autorisation du propriétaire ne pourrait être expulsé que si celui-ci prenait pour lui l'ameublement ; sinon le locataire demeurerait titulaire de son kholoù. Comme l'obligation du remboursement de l'ameublement pesait lourdement sur les propriétaires, ils furent obligés de laisser les locataires en place. Ceux-ci jouirent en personne des locaux, louèrent, cédèrent leur situation, le propriétaire de l'immeuble ne devant percevoir que le loyer stipulé, et le surplus de la location demeurant acquis au propriétaire des meubles ».

lui¹. Faute de le pouvoir faire, il leur a fallu l'indemniser par une cession de jouissance sous la forme d'une prolongation de bail. Ici la *zînâ* n'est pas autre chose qu'un procédé de condition de la *guelsâ*. Mais la jouissance acquise par ce procédé représente dans le patrimoine de l'acquéreur une valeur cessible, donc réalisable, qu'il va, à son tour, utiliser comme élément de crédit. Le jour où des capitaux lui seront nécessaires pour assurer l'entretien de l'immeuble et du matériel qui y est installé, il lui suffira, pour faire appel à ces capitaux, d'offrir et de céder une partie de la jouissance de l'immeuble. Ici, la *zînâ* n'est plus un procédé de constitution, mais de cession partielle, de démembrement, si l'on veut, de la *guelsâ*. Ce deuxième rôle de la *zînâ* est, d'ailleurs, d'une importance pratique beaucoup plus considérable que le premier, qui fonctionne seulement comme mode originaire d'acquisition de la *guelsâ*. C'est lui qui éclaire, croyons-nous, la définition donnée par la Commission d'études : « La *zînâ* est une branche de la *guelsâ* ». Il explique enfin l'enchevêtrement de droits constatés sur certains immeubles, et qu'à Fez, par exemple, une *guelsâ* et plusieurs *zînâ* soient quelquefois invoquées par des ayants droits différents sur un même moulin.

Il y a peu de chose à dire sur l'*orf*, la *halawâ* et la *ghibthâ*. Le mot *orf* est un terme d'un sens générique très large, très compréhensif et qui nous paraît s'appliquer aussi bien à la *guelsâ* qu'aux autres situations semblables, dont il accuse simplement l'origine coutumière. La *halawâ* est l'appellation qui désigne la *zînâ* dans certaines régions du

1. Sur les droits de celui qui, d'une façon quelconque, a amélioré le bien d'autrui, Cf. 'Amal Al-Fâst, *op. cit.*, II, f° 2, p. 4, 5; *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, VIII, p. 229 et 121-123. Al-Wazzânî cite le texte d'Ibn Al-Hâdjib : « Quiconque a procuré à autrui un profit, avec ou sans son ordre, en argent ou en travail, a un droit absolu au remboursement en capital équivalent ou en salaire d'équivalence ». *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, VIII, p. 123.

Maroc. La ghibthâ¹, enfin, semble bien être un procédé d'acquisition de la guelsâ par le moyen d'une prime versée au nâdhir, directement ou sur enchère, dans le but d'obtenir un bail à long terme ou perpétuel.

Quant à la meftâh² « ou droit de clé », la Commission d'études la définit : « La transmission de la guelsâ qui s'effectue par la remise de la clé au cessionnaire³. » Cette remise est, en effet, un procédé normal de tradition. Mais l'expression « droit de clé » est peu heureuse. Elle se rapporte bien moins au contenu même du droit qu'à son origine et au titre de son acquisition. Encore exprime-t-elle fort mal cette idée ; il n'est guère correct de dire qu'une guelsâ a été acquise par « droit de clé »⁴.

40. La nouvelle situation-type que nous avons distinguée est l'*istighrâq*⁵. C'est une location de très longue durée, por-

1. Le revenu ayant diminué, il y a lieu d'échanger l'immeuble habousé s'il y a avantage غبطة 'Amal, *op. cit.*, f° 5, p. 4. Question : le revenu d'un jardin habousé est insuffisant pour son entretien. — Réponse ; qu'on le vende et qu'on fasse du prix le emploi le plus avantageux ما هو اغبط Sidjilmâst, 'Amal Al-Mouthlaq, f° 39, p. 8. — Cf. Dozy, *op. cit.*, II, 200 : غبطة vente avantageuse, gain, profit. — Enfin voyez *infra*, n° 41, note, exemple final, un acte où deux ghibthâ, c'est-à-dire, deux primes de 80 et de 50 douros sont stipulées.

2. Le mot *Çarouâtâ* exprime la même idée. C'est l'équivalent en langue berbère (*arr*, ouvrir, *taçarouât*, clef) du terme arabe *meftâh*.

3. Cf. la définition donnée par *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, VIII, p. 124-125 : « La meftâh est la cession contre équivalent remis par la cessionnaire ». La meftâh est confondue parfois avec la halawâ et la guelsâ, *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. également la définition de Dozy, *op. cit.*, I, 318 حلوان المفتاح : « gratification pour la clef. Se donne quand on loue une maison ou une chambre. »

4. Cf. Mohammad As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 158 : « Le kholou al-meftâh est le kholou original. Il s'applique spécialement à l'acquisition du kholou de la boutique par le moyen d'une somme ajoutée au montant du loyer... moyennant versement d'un équivalent et obligation au versement d'un loyer annuel ou mensuel ». Il s'agit ici de la cession de la guelsâ à titre onéreux.

5. استغراق illimitation, cf. غروقة bail à longues années, emphytéose Dozy, *op. cit.*, II, p. 209.

tant sur un immeuble en mauvais état, consentie moyennant la remise en état des lieux par le preneur et le versement d'une faible redevance. C'est donc « un contrat de location à durée déterminée avec un amortissement des dépenses engagées, réparti sur un chiffre de mois ou d'années ». Les Procès-verbaux de la Commission d'études indiquent l'espèce suivante : « Lorsqu'un immeuble habous est délabré ou menace ruine, un amateur propose de le réparer. Dès la remise en état, les dépenses occasionnées sont estimées à dire d'experts et le montant doit être amorti par une partie de la valeur locative évaluée avant la réfection de l'immeuble. L'autre partie de ce loyer revient au propriétaire du fond (les Habous) et le local reste entre les mains du détenteur qui, souvent, effectue de nouvelles réparations dans l'intervalle du premier contrat, de sorte que les Habous, ne pouvant se libérer, arrivent rarement à récupérer leur bien ».

De même que la zînâ, nous avons déjà rencontré l'istighrâq lorsque nous avons étudié le principe de prohibition des locations à durée indéterminée et les tolérances successives qui y ont été apportées. C'est manifestement une hypothèse d'istighrâq qui vise le texte précité¹ : « Si, par exemple, une maison tombe en ruines, il est permis de la louer pour de longues années moyennant de quoi la réparer ; cela vaut mieux que de la vendre. » Mais c'est là un contrat dont la validité est douteuse, du moins sous la forme où il se présente dans la pratique marocaine. L'istighrâq s'analyse en une location à très longue durée avec avance de la plus

1. Cf. *supra*, n° 9. Cf. également l'espèce de kholoû appelé en Tunisie marçad مرصد et que Mohammad As-Snoûssi, *op. cit.*, p. 159, définit : « Si le nâdhir a besoin d'une somme (pour l'entretien de l'immeuble) et trouve quelqu'un disposé à la lui remettre en échange du kholoû, à condition que le montant du loyer en soit inférieur au loyer d'équivalence... cela est permis en raison de la nécessité. » L'hypothèse serait peut-être aussi à rapprocher de la ghibthâ.

grande partie des loyers. Or, l'avance de loyers n'est licite, dans la théorie du droit musulman, que si la jouissance peut être garantie pendant la durée afférente aux loyers avancés¹. Comment la jouissance pourrait-elle être garantie pour la durée d'un bail stipulé, parfois, pour dix-sept cents ans et trois mille ans? La seule forme dans laquelle l'*istighrâq* pourrait être licite serait celle d'une location ne dépassant pas la durée maxima admise pour les biens habous, c'est-à-dire 50 à 70 années².

1. Cf. Khalil, trad. Seignette, p. 303, n° 1151 et Houdas, *Tohfa*, p. 555 vers. 1032 et note 976, p. 558. Cf. Khalil, trad. Seignette, p. 365, n° 1159; « Est annulable tout bail à charge d'amélioration dont le propriétaire profiterait en totalité ou en partie à l'expiration de la durée fixée ».

2. Cf. *supra*, n° 9. Le *Mi'ydr Al-Djadid* de Wazzani conclut très ferme à la nullité de l'*istighrâq* pour une série de raisons de valeur fort inégale :

L'*istighrâq* est, en réalité, une vente de l'immeuble car, à l'expiration du premier contrat, l'occupant a toujours accompli des réparations nouvelles. Pour amortir le capital engagé, force est donc de renouveler le bail. L'immeuble est ainsi transmis de père en fils (*Al-Mi'ydr Al-Djadid*, VIII, p. 232, 233, 282, 283). Or les biens habous ne peuvent être échangés qu'en cas de déperissement et s'il y a avantage bien caractérisé غبطة (*op. cit.*, VIII, p. 230, 282, 280). L'*istighrâq* est d'ailleurs un acte manifestement désavantageux pour les Habous; si nous supposons par exemple, une maison d'habitation habousée au profit d'un imâm, l'*istighrâq* de cette maison en ramènera le revenu à une valeur infime, comme 7 ouqiyâ par mois si elle vaut 50 mithqâl. Dans de pareilles conditions, nul n'acceptera les fonctions d'imâm (*op. cit.*, VIII, 280). (V. également pour la prohibition de l'avance des loyers *op. cit.*, VIII, 282).

Exemple de formule d'istighrâq : avec la permission du nâdhir, X... consent à prendre une maison en ruines pour la reconstruire à ses frais. Loyer convenu : 4 ouqiyâ 1/2 par mois. Amortissement mensuel : 10 mouzoûnâ. En conséquence, deux ouqiyâ seulement seront versées par mois aux Habous, jusqu'à ce que le montant des réparations soit couvert (*op. cit.*, VIII, p. 279).

Seul parmi les auteurs, At-Tazaghdârt aurait soutenu la licéité de l'*istighrâq*. Voyez la réfutation de cette allégation, *Al-Mi'ydr Al-Djadid*, VIII, p. 282, 283.



41. En apparence le régime des locations perpétuelles n'apporte à la situation des immeubles habous aucune modification. Les Fondations demeurent propriétaires. Le preneur acquiert sur l'objet loué un simple droit de jouissance.

La réalité économique est tout autre.

La pérennité du droit du bénéficiaire lui confère un monopole de jouissance sur l'immeuble. Très inférieure à la valeur du loyer réel, la redevance qu'il verse, en échange, aux Habous, est loin de représenter l'équivalent de la jouissance. La Fondation compte donc un ayant droit de plus, privilégié, même, puisqu'il est doté par prélèvement. Une lente dépréciation de la monnaie du pays va encore contribuer à abaisser le montant de cette redevance, très généralement stipulée payable en *mithqâl*¹.

Gzâ, guelsâ, zinâ, istighrâq et leurs modalités s'analysent, en définitive, en de véritables démembrements de la propriété des immeubles qu'ils grèvent. Dans l'anarchie marocaine les Habous Publics sont une institution condamnée à disparaître et dont le rôle décroît de jour en jour en importance. Sur ce vaste patrimoine aux biens épars et sans maître bien déterminé, le régime des locations perpétuelles prononce un grand mouvement de dépossession que

1. Ainsi le douro qui, en 1877, valait 3 mithqâl et 5 onces en valait 14 en 1908. Un loyer de 35 mithqâl qui, en 1877, valait 10 douros, ne représentait donc plus, en 1908, qu'une valeur de 2 douros 1/2. Cf. Michaux-Bellaire, *Les biens habous et les biens du Makhzen. Rev. du Monde Musulman*, 1908, p. 454, 455. Ce phénomène suffirait à lui seul à expliquer pourquoi certaines locations en étaient arrivées à représenter à peine 5 0/0 de la valeur locative réelle à l'immeuble.

tout un ensemble de circonstances contribue à accélérer¹.

1. *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, VIII, p. 241, 242 « Guelsâ, dans la coutume, signifie location perpétuelle. Cette situation résulte de l'emprise des habitudes sur la règle... de l'ignorance de la multitude... à telle enseigne que les bénéficiaires pensent qu'ils sont copropriétaires et réclament une situation équivalente à celle des Habous ».

Le mouvement de dépossession se produit, pour ainsi dire, automatiquement, par le procédé de l'interversion du titre. Il est facile de s'en rendre compte lorsqu'on consulte les titres originaux et les transmissions successives :

1^{er} exemple : Le 2 Rebt' I 1292, Mohammad ben Al-Djilân loue au chérif Al-Hâdj Mohammad la menfa'â d'une maison sise à Saï et connue pour appartenir aux Habous. Le 8 Redjeb 1306, M. b. Al-Djilân somme la dame Fâthimâ de déguerpir de cette maison dont la menfa'â lui appartient, son père l'ayant louée et réparée alors qu'elle était tombée en ruines. La dame Fâthima riposte en produisant une chahâdâ datée du 8 Rebt' II 1306, établissant qu'elle s'est, depuis 15 ans, gérée en titulaire de menfa'â. Le procès ainsi engagé dure jusqu'en 1309. — En 1308, une fetwâ produite par le demandeur « expose qu'il y a lieu de séquestrer la maison, objet du litige, si les Habous ne prouvent point qu'ils sont propriétaires de la maison ; il est, en effet, constant que la menfa'â appartient au demandeur ; il y a présomption de propriété en sa faveur tant qu'on n'aura pas établi qu'il a aliéné à un titre quelconque. — Le 1^{er} Qa'dâ 1309 les parties transigent. La menfa'â est reconnue par le demandeur au profit de la dame Fâthimâ. — En l'an 1335, la dite dame prétend avoir acquis sur l'immeuble une menfa'â, puis consent à passer avec le nâdhir des Habous un contrat de location pour un an, moyennant 10 pesetas par mois. — Visiblement le contrat du 2 Rebt' I 1292 était une simple location. Pendant toute la durée de la procédure plus haut retracée, on a équivoqué sur le sens amphibologique du mot menfa'â. Sans l'intervention d'un nâdhir énergique, agissant suivant les instructions d'une Administration complètement renouvelée, cette équivoque créait une situation qui n'aurait pas tardé à se régulariser sous la forme d'une guelsâ ou d'une zînâ.

2^e exemple. — Une moukhiyâ adliyâ, en date de Redjeb 1234, établit que le 'Abd Es-Slâmi ben Yâ'ich Er-Rbâthi a pris à complant le jardin limité comme suit... appartenant au temple de Hasan, en sortant de la porte Châlâ (Rabat), avec stipulation de partage par moitié à l'expiration du contrat. Le même jour, 'Abd Es-Slâm vend à Mohammed El-Bhâli sa moitié de jardin pour 160 mithqâl. Le 2 Rebt' II 1241, vente de la même moitié de jardin par Mohammed El-Bhâli à El-Hâdj Et-Thâhar ben Es-Sebti. Ce dernier désigne comme tutrice testamentaire sa femme Fâthmâ bent El-Hâchmi, et comme

subrogé-tuteur Mohammed ben 'Abd Es-Slam. En Cha'bân 1245, Fâthmâ vend à Mohammed ben Slimân, pour le prix de 87 mithqâl, *la totalité du jardin. A partir de ce moment, il n'est plus fait mention de la part qui revient au temple.*

Mais la dépossession des Habous s'accomplit aussi suivant des procédés moins brutaux.

Il arrive que le nâdhir profite de la situation pour détourner, sous le couvert d'opérations frauduleuses, certains des biens dont il a la charge.

Exemple : La parcelle habous dite Es-Sâniyâ El-Djaziriyâ, de Salé, est grevée, pour sa presque totalité, d'un gzâ au profit du caïd Mohammed ben Sa'id. A sa mort, celui-ci laisse au nombre de ses héritiers la femme de M., nâdhir des Habous. Le 17 Ramadhân 1329, la succession du caïd vend au sieur N. la *propriété* de la sâniyâ El-Djaziriyâ pour le prix de 4.500 réaux. En fin Ramadhân 1329, M. achète à Salé une boutique pour le prix de 73 réaux. Le 2 Chawâl 1329, le même, agissant en la double qualité de représentant de la succession du caïd Mohammed ben Sa'id et de nâdhir des Habous, procède, avec l'autorisation du cadi, à un échange aux termes duquel les Habous renoncent à la rente du gzâ et reçoivent en compensation la boutique achetée par M. (pour le compte des héritiers du caïd). L'échange n'était ici qu'une comédie destinée à régulariser tardivement la vente, par les héritiers du caïd, d'une terre habousée, sur laquelle ils avaient seulement un gzâ. Sur l'intervention de l'Administration des Habous, l'acheteur a été remboursé, par le vendeur, de 30 0/0 du prix d'achat et a accepté les conditions du Dahir du 1^{er} Rebl' II 1332. V. *infra*, n° 42. — A noter la forme dans laquelle l'échange est intervenu : *renonciation par les Habous à la rente du gzâ*. Elle montre bien que, dans la pensée des contractants, les droits du Habous ne consistaient plus que dans une rente sur l'immeuble. Le mouvement de dépossession s'achève ici.

Le plus souvent, le nâdhir se contente de consentir à des personnages influents des contrats particulièrement avantageux. On peut supposer que cette complaisance n'est pas gratuite.

1^{er} *Exemple* : Un acte du 1^{er} Cha'bân 1328-8 août 1910 constate :

Les habitants du quartier El-Qala'â, de Mazagan, demandaient au nâdhir des Habous de remettre en état leur mosquée. Les Habous manquant des fonds nécessaires, les habitants ont exigé du nâdhir qu'il louât une parcelle de terrain habous pour en affecter le revenu à la réparation de la mosquée. Le Cadi et le Pacha ont désigné, à cet effet, une parcelle de 5.000 mètres carrés, limitée comme suit... et ont fixé le loyer à 12 douros par an, plus une ghibthâ (prime) de 80 douros. N..., *haut fonctionnaire du Makhzen, a loué pour son compte la parcelle en question.*

2^e *Exemple* : Un Acte du 1^{er} Ramadhân 1329-26 août 1911 constate :

Un terrain d'une contenance de 20.000 mètres carrés, contigu au précé-

dent terrain, était loué à un prix dérisoire et était l'objet d'emplètements de la part des voisins. — En conséquence, le même fonctionnaire du *Makhzen* l'a pris à *istidjâr* pour une redevance annuelle de 15 douros, plus une ghibthâ (prime) de 50 douros.

Par Dahir du 10 Djoumada II 1335, les deux contrats précédents sont déclarés irréguliers. De la superficie totale (30.400 mètres carrés) :

1° N... reconnaît aux Habous $\frac{2}{3}$ en pleine propriété ;

2° N... conserve $\frac{1}{3}$ à titre de *qzâ*, dans les conditions du Dahir du 1^{er} Rebi' II 1332 (V. *infra*, n° 42).

III

LA LÉGISLATION DU PROTECTORAT

42. Mesures législatives prises par le Protectorat : prohibition de la constitution de nouveaux droits de jouissance ; relèvement de la redevance due aux Habous ; définition des diverses situations juridiques ; rachat des droits perpétuels de jouissance. — 43. Appréciation de la nouvelle législation : elle a transformé des droits cessibles de jouissance en droits réels de jouissance, puis en droits de propriété conditionnelle. Contenu de ces droits. — 44. Effets de l'immatriculation de l'immeuble Habous. — 45. Jugement d'ensemble. — Conclusion.

42. Dès les débuts du Protectorat des mesures ¹ sont prises pour mettre fin à ce mouvement. Le Dahir du 21 juillet 1913 (16 Cha'bân 1331) n'autorise les locations d'immeubles habous que pour une durée maxima de 10 années, prohibant implicitement pour l'avenir toute constitution de nouveaux droits perpétuels de jouissance. Peu de temps après, le Dahir du 27 mars 1914 (1^{er} Rebi' II 1332) vient consolider les situations acquises en déclarant : « les droits de gzâ et autres maintenus et confirmés tels qu'ils existaient précédemment au profit de ceux qui les détiennent régulièrement ». Un régime nouveau est instauré qui, « sans porter préjudice

1. *Liste des Textes édictant ces mesures* : Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebi' II 1332). — 2 juin 1915 (19 Redjeb 1335), art. 8, 97, 197, 200. — 3 juillet 1913 (8 Cha'bân 1331). — 21 juillet 1913 (16 Cha'bân 1331). — 8 juillet 1916 (7 Ramadhân 1334) modifiant l'art. 8 du Dahir du 27 février 1914, et 8 juillet 1916 (7 Ramadhân 1334) réglementant les échanges d'immeubles habous grevés du droit de menfa'a. *Aide* : Dahir du 13 août 1913 (10 Ramadhân 1331). V. *supra*, n° 24 ; Dahir du 26 juin 1913 (21 Redjeb 1331) v. *supra*, n° 1 ; Circulaires du Ministre des Habous des 8 Ramadhân 1331, 23 Rebi' II 1332 et 4 Qa'dâ 1334. Ces textes n'ont pas été publiés au Bulletin Officiel du Protectorat.

2. Article 1^{er}, Dahir 27 février 1914.

aux particuliers, fera disparaître le dommage subi par les Habous dans ce qu'il avait d'excessif¹. »

Le premier but à atteindre est le relèvement de la redevance versée aux Habous par les titulaires des droits perpétuels de jouissance. Cette redevance est infime. Dans certains cas elle ne suffit même pas à payer les réparations d'entretien courant de l'immeuble loué. « Selon toute évidence le bon droit et l'équité commandent de servir aux Habous une plus forte redevance, car, fait indiscutable et indéniable, leurs intérêts étaient lésés² ». L'article 3 du Dahir du 27 février 1914 dispose donc que, dorénavant³, « le loyer réel des immeubles ainsi grevés sera réparti dans les proportions suivantes : 70 0/0 reviendront au détenteur et les 30 0/0 de complément aux Habous. » La quotité ainsi déterminée est fixée une fois pour toutes et ne peut être augmentée ni diminuée⁴. Mais le quantum du droit est variable avec la valeur du loyer réel. L'évaluation de ce loyer est faite tous les trois ans par une commission désignée par la Direction des Habous. « Cette commission procède à l'estimation du loyer réel, en ce qui concerne la guelsâ et autres droits analogues de clé ou zina. » En ce qui concerne le gzâ, une distinction est faite suivant que le terrain grevé est nu ou bâti. Pour les terrains bâtis le loyer annuel est déterminé à raison de 6 0/0 de la valeur foncière de la parcelle grevée de gzâ ; les Habous prélèveront sur ce loyer les 30 0/0 leur revenant⁵. Les immeubles bâtis grevés de gzâ sont donc considérés comme susceptibles de produire un

1. Considérants du Dahir du 27 février 1914.

2. Cf. Considérants du Dahir du 27 février 1914.

3. Une transition est ménagée, articles 4 et 5 du Dahir, dans l'application du nouveau régime.

4. Article 6, Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebt¹ II 1332). Le texte ajoute : « Cette disposition est perpétuelle ».

5. Article 8, Dahir du 1^{er} Rebt¹ II 1332.

revenu en rapport avec la valeur foncière attribuée à l'immeuble. Quant aux immeubles non bâtis, il arrive qu'ils soient compris, par suite de leur situation à proximité des villes, dans la zone d'extension prévue, et, de ce fait, soumis à la spéculation; de sorte que leur valeur réelle n'est plus en rapport avec leur valeur locative¹. En conséquence, pour ces terrains², la redevance annuelle à servir aux Habous par les bénéficiaires de gzâ sera égale à 30 0/0 de la valeur locative réelle de la parcelle tout entière³. « Enfin, si un terrain nu grevé de gzâ vient à être partiellement bâti, application est faite, pour cette part, de l'art. 8 du Dahir du 27 février 1914. Mais, afin d'éviter toute discussion et de couper court à tout sujet de litige, la superficie qui servira de base au calcul de la redevance, pour tout immeuble bâti sur un terrain grevé de gzâ, sera de quatre fois celle couverte par les constructions et dépendances, tant que la superficie bâtie sera inférieure au quart de la surface totale⁴. »

Le législateur s'est abstenu de donner une définition des diverses situations juridiques qu'il englobe sous l'épithète générique de menfa'â. Mais les considérants du Dahir du 27 février 1914 « portant réglementation des droits de gzâ, istidjâr, guelsâ, clé, zinâ » les qualifie des « droits réels de jouissance ». L'art. 8 a) 10° du Dahir du 2 juin 1915 (19 Redjeb 1333), fixant la législation applicable aux immeubles immatriculés, les range parmi « les droits réels immobiliers par l'objet auxquels ils s'appliquent ». Les articles 197 et 201 du même Dahir prévoient l'immatriculation des « droits coutu-

1. Article 8, Dahir du 1^{er} Rebi' II 1332.

2. Considérants du Dahir du 8 juillet 1916 (7 Ramadhân 1334), modifiant l'article 8 du Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebi' I 1332).

3. Article 2, même Dahir.

4. Article 3 et 7 du même Dahir.

miers musulmans », qualifient « rente » la redevance due aux Habous, font de ceux-ci un « crédi-rentier » et du bénéficiaire des « droits de gzâ et autres » un « débi-rentier ».

Enfin les Dahirs du 8 juillet 1916 (7 Ramadhân 1334), « réglementant les échanges d'immeubles habous grevés du droit de menfâ » en prévoient, art. 2, le rachat, dans les termes suivants : « Tout droit de menfâ (gzâ, istidjâr, guelzâ, zînâ ou habous) régulièrement établi pourra, sur la demande du bénéficiaire, faire l'objet d'un échange de gré à gré, en argent ou en nature. La valeur d'échange représentant la quote-part des Habous sera égale au 30 0/0 de la valeur attribuée à l'objet de la menfâ, telle qu'elle est arrêtée par le Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II, 1332) ». L'immeuble grevé sera donc acquis au bénéficiaire du droit de menfa'â, moyennant versement aux Habous de 30 0/0 du montant d'une estimation faite par la commission prévue par l'art. 8 du Dahir du 27 février 1914. Il cesse d'être habous pour devenir melk et doit être rayé dans la forme régulière du registre des biens habous. Remploi des 30 0/0 qui reviennent aux Habous devra être fait en immeubles dans le plus bref délai possible. L'immeuble nouveau, subrogé à l'ancien, est habous comme lui.

43. Telle est la nouvelle législation. Il n'est pas exagéré de dire qu'elle a complètement modifié la physionomie de l'institution.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que le terme menfa'â est l'appellation générique qui désigne les droits cessibles de jouissance, par opposition au terme intifâ', qui exprime l'idée d'une jouissance incessible. Mais ce caractère de cessibilité de la menfa'â ne s'accompagne pas nécessairement de celui de perpétuité ou de pérennité. Le droit de jouissance que le gzâ, la guelsâ, et autres situations similaires, font naître au profit du locataire, appartient évidem-

ment à la catégorie des *menfa'a*. Mais il est vraiment curieux que cette appellation si vaste, si compréhensive, ait pu paraître caractéristique de situations juridiques spéciales, dont il n'exprime en réalité que certains aspects non spécifiques ; en sorte que les difficultés de la matière aient fini par devenir le « problème de la *menfa'a* ». Seules les surprises de la technologie du droit musulman, si fertiles en amphibologies, peuvent expliquer cette singulière fortune !

Il n'est pas plus conforme à la théorie du droit musulman de dire que les « droits de *gzâ*, *guelsâ* et autres » sont des droits réels de jouissance. Le *gzâ*, la *guelsâ* et leurs similaires ne sont pas des droits, mais des situations juridiques d'où naissent des droits ; et la réalité de ces droits semble bien être une notion étrangère à la théorie du droit musulman. En fait, le monopole de jouissance du locataire confère à son droit un caractère absolu et exclusif ; mais c'est là une situation qui n'est pas spéciale au droit musulman. On la retrouve dans notre droit civil, où le droit du locataire est néanmoins un droit personnel. Cette discussion n'est pas une simple querelle de mots. Le caractère de réalité du droit le rend, par exemple, susceptible d'hypothèque et de saisie immobilière ¹.

Le caractère d'innovation s'accuse plus encore dans les dispositions du Dahir du 8 juillet 1916, qui réglemente « l'échange d'immeubles habous grevés du droit de *menfa'a* ». Ici la transformation est radicale : le droit réel de jouissance dont l'émolument est de 70 0/0 du *loyer* réel se trouve changé en un droit de 70 0/0 de la valeur réelle, c'est-à-dire de 70 0/0 de la *propriété*. Il suffit pour cela que le bénéficiaire fasse une demande et verse aux Habous une somme représentant 30 0/0 de la valeur réelle de l'immeuble grevé.

1. Si l'immeuble sur lequel il porte est immatriculé.

Purge est alors opérée du droit des Habous. L'immeuble devient melk et doit être rayé dans la forme régulière du registre des biens Habous. La nouvelle législation bouleverse ici les situations traditionnellement établies. Nominale-ment, le titulaire du droit demeure un locataire perpétuel. Mais, en lui conférant le droit de rachat, le Dahir le place dans la situation du locataire dans le bail à rente de notre ancien droit, quand le rachat de la rente eut été admis¹. De par la constitution d'un gzâ ou d'une guelsâ, le bénéficiaire se trouve avoir acquis l'exercice de tous les droits du propriétaire. Les Habous n'en ont retenu que le droit à la redevance. Cette redevance pouvant même être rachetée, le droit du bénéficiaire n'est plus un « droit réel de jouissance » mais un droit de propriété sous condition potestative, l'événement conditionnel consistant dans une offre par lui faite et agréée par les Habous.

Quelques dispositions précisent l'étendue de ce droit. L'article 9 du Dahir du 27 février répartit entre les Habous et le bénéficiaire des « guelsâ, clé, et autres droits analogues, à l'exception du gzâ ou istidjâr », dans la proportion de leur droit à la jouissance, « les dépenses afférentes aux constructions et réparations portant sur l'objet même » du droit et les constructions. — Le bénéficiaire d'un terrain nu grevé de gzâ doit déclarer et soumettre à l'approbation de l'Administration des Habous « tous changements et transformations projetées sur la terre et à son utilisation », « tels

1. Le bailleur transmettait la propriété de l'immeuble au preneur; mais, à la différence de ce qui se passait dans le contrat de vente, au lieu de transférer la totalité de son droit sur l'immeuble, il retenait un droit de rente sur l'immeuble. La rente foncière était, dans notre ancien droit, un *droit réel retenu* sur l'immeuble par l'aliénateur. Pothier, *Traité du contrat de bail*, édition Bugnet, t. IV, p. 173. Cf. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, p. 686, 687.

que lotissement, ouverture de routes, de voies d'accès... etc. ». « La vente de parcelles ' faisant partie d'un lotissement établi sur un terrain nu grevé de gzâ ne pourra être réalisée que si l'Administration des Habous a donné son approbation au projet de lotissement¹. » Enfin une dernière restriction au droit du bénéficiaire se trouve dissimulée dans la disposition de l'article 1^{er} du Dahir du 8 juillet 1916 (7 Ramadhân 1916) : « Les dispositions du titre III du Dahir du 21 juillet 1913 (16 Cha'bân 1331) sont étendues à tous les immeubles ou parties d'immeubles bâtis ou non bâtis appartenant en propre aux Habous ainsi qu'aux étages et à « l'air » qui surmonte les constructions habous grevées de jouissance, dont la propriété revient aux Habous ». L'Administration des Habous élève ici, avec raison, la prétention de disposer comme elle l'entend de la propriété du dessus des constructions, soit pour construire elle-même, soit pour faire construire².

44. L'immeuble habousé peut être immatriculé (Dahir du 2 juin 1915). En pareil cas « les droits de gzâ et autres » doivent faire l'objet d'une inscription. L'art. 198 du Dahir du 2 juin 1915 ajoute même que « l'inscription de rente doit être faite, dans tous les cas, avec celle du droit lui-même ». Mais, malgré l'immatriculation, « les droits coutumiers musulmans..... restent soumis aux usages et coutumes qui le régissent ». Nous croyons qu'il faut entendre cet article comme un texte de principe. Sa place dans le Dahir du 2 juin 1915, qui fixe « la législation applicable aux immeubles immatriculés » montre que ce principe s'applique aux

1. Lire « la cession des droits sur des parcelles ».

2. Article 4, 5, 6. Dahir du 8 juillet 1916 (7 Ramadhân 1334).

3. « L'air qui surmonte le habous est lui-même habous ; l'air qui surmonte le melk est melk ; l'air qui surmonte la terre morte est comme elle. » Khalil trad. Seignette, p. 3.

règles de fond, non aux règles de preuve. Il est certain, notamment, que cette disposition ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 66 du Dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation, aux termes duquel « tout droit réel relatif à un immeuble immatriculé n'existe, à l'égard des tiers, que par le fait et du jour de son inscription sur le titre par le Conservateur de la Propriété Foncière; et de l'article 67, suivant lequel « les actes volontaires et les conventions tendant à... transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel ne produisent effet.... qu'à dater de l'inscription ». C'est là une conséquence directe de la règle suivant laquelle les immeubles habous peuvent être immatriculés et les « droits de gzâ et autres » doivent faire l'objet d'une inscription sur les Livres Foncières. La preuve de l'existence d'un gzâ, d'une guelsâ, ou de toute autre situation juridique semblable, ne peut donc être rapportée que par un certificat attestant que le droit a été réellement inscrit sur les Livres Foncières. Et ce n'est pas seulement le régime de la preuve du droit qui est désormais soustrait du droit musulman. Aux termes de l'art. 67 du Dahir du 12 août 1913, confirmés par l'art. 2 du Dahir du 2 juin 1915, une cession de gzâ ou de guelsâ portant sur un immeuble immatriculé n'est valable, *même entre parties*, qu'à dater de l'inscription. L'inscription sur les Livres Foncières est donc une des conditions d'existence et de validité de la convention. Tant il est vrai que les règles de preuve influencent toujours plus ou moins le fond du droit et que rien n'est plus malaisé, parfois, que de distinguer une règle de preuve d'une règle de fond !

45. En dehors du cas où l'immeuble est immatriculé et où, dès lors, la preuve des droits démembrés du habous obéit aux règles très générales que nous venons de rappeler, la législation nouvelle se borne à renvoyer implicitement au droit musulman, en disposant, art. 1^{er} du Dahir du 27 février

1914 : « les droits de *gzâ* et autres sont maintenus et confirmés..... au profit de ceux qui les détiennent régulièrement ». Pour obtenir le maintien et la confirmation de leurs droits, les détenteurs d'immeubles doivent donc faire la preuve qu'ils les ont régulièrement acquis. Comment feront-ils cette preuve ?

Théoriquement, celui qui invoque à son profit une situation de ce genre devrait établir : 1° le fait originaire (contrat, amélioration, réparation, construction) ; 2° les transmissions successives suivant lesquelles le droit lui est parvenu.

On ne peut évidemment songer à exiger de lui semblable preuve. Le fait originaire, nous l'avons vu, est le plus souvent un fait d'usurpation. Comment faire grief au bénéficiaire actuel de ne pouvoir l'établir ? Si, d'autre part, dans la série des transmissions intermédiaires, il en est une seule dont la preuve ne puisse être rapportée, on est logiquement conduit à déclarer insuffisantes toutes les autres preuves rapportées. C'est la *probatio diabolica*.

Dans la pratique, les occupants produisent à l'appui de leurs droits quatre sortes de titres :

1° Un titre originaire en forme de *moulkiyd* ordinaire, *lâjîf* ou d'adoul¹, établissant que tel individu détenait un immeuble au titre de *gzâ* ou de *guelsâ*, un acte de vente ou un acte d'abandon (*takhallâ*), suivi ou non d'une ou plusieurs mutations. — Ces titres sont dits de *tamallouk* ou d'acquisition.

2° L'occupant possède un ou plusieurs titres réguliers,

1. Pour les *guelsâ*, par exemple, il est extrêmement rare de trouver un contrat de location à l'origine du droit. Pour les *gzâ*, le contrat originaire est toujours à durée limitée. Pour la *zinâ*, les améliorations et réparations ne donnent jamais lieu à une constatation en forme régulière. Seul l'*istighraq* est prouvé par contrat.

2. Ou sous-seing privé. Cf. annexe VI, *infra*.

établissant qu'il s'est conduit comme le titulaire d'un droit analogue à celui qu'il revendique. Par exemple, il a toujours versé lui-même la redevance d'une guelsâ, bien qu'il ait sous-loué la boutique ; il s'est géré en bénéficiaire de guelsâ. — Les titres de ce genre sont dits de *taçarrouf* ou de gestion.

3° Le gzâ ou la guelsâ figure sur un titre de succession : acte partage, inventaire..... etc.

4° L'occupant détient l'immeuble depuis longtemps (*thouâl al-mouddâ*). Il prétend que c'est à titre de guelsâ ou, plus rarement, de gzâ.

Il nous paraît difficile de ne pas admettre l'effet probatoire des titres réguliers des première et deuxième catégories. Les titres de tamallouk sont la constatation en forme régulière des transmissions. Les titres de taçarrouf établissent la possession du droit. Leur effet combiné, par exemple dans le cas de possession à l'origine, suivie de transmissions, ou, à l'inverse, de transmissions suivies de possession, donne un maximum de garanties. La législation nouvelle ayant fait du droit du bénéficiaire un droit réel de jouissance, il est tout à fait logique d'adopter ici¹ un système qui corresponde aux règles de la preuve du droit de propriété. Encore faut-il que les titres soient réguliers en la forme et, au moins, antérieurs à la création de l'Administration des Habous. Un titre établi postérieurement pourrait être considéré comme suspect².

Les deux dernières catégories ne nous semblent au contraire devoir bénéficier d'aucun crédit. L'inscription d'un

1. « La guelsâ s'établit au profit de l'acheteur par la possession, le fait que l'acquéreur s'est géré en bénéficiaire (taçarrouf) et les titres d'achat. » *Al-Mi'yâr Al-Djadîd*, VIII, p. 132.

2. Et comme établi en prévision des futures revendications de l'Administration nouvellement créée. Cf. *infra*, annexe V. Lettre circulaire adressée par la Direction des Habous, le 4 Qa'dâ 1334. Cf. également annexe VI.

droit sur les titres de succession est une simple affirmation des héritiers que le *de cujus* en était titulaire. Les adoul et le cadi n'ont pu en vérifier l'exactitude ; tout au plus ont-ils vérifié le fait matériel de la détention. Enfin, l'occupation de longue durée vaut comme titre à l'acquisition de la propriété, non d'un droit démembré du habous. Or, les biens habous sont imprescriptibles.

*
* *

46. Il est impossible de voir dans l'œuvre législative ainsi réalisée autre chose qu'une ébauche encore fort imparfaite de la législation désirable.

Les Dahirs cherchent à éviter le péril des définitions. Nous avons montré, par exemple, comment les droits démembrés des habous, de droits réels de jouissance qu'ils étaient dans le Dahir du 27 février 1914 sont devenus, avec le Dahir du 8 juillet 1916, des droits de propriété conditionnels. Un changement aussi important dans la nature même de l'institution ne devrait pas être présenté comme un effet simplement occasionnel, provoqué par un échange d'immeuble (art. 2 Dahir du 8 juillet 1916). Cette rédaction incertaine peut engendrer des mécomptes dangereux. — D'autre part, les textes des Dahirs, pour être intelligibles, demandent à être complétés par les dispositions du droit musulman auxquels ils renvoient, tantôt explicitement, tantôt implicitement. Or, dans l'esprit du *chra'*, les droits démembrés du habous sont des droits perpétuels de jouissance. Les Dahirs ont, au contraire, transformé ces mêmes droits en une propriété conditionnelle. Le renvoi au droit musulman ne peut plus, dès lors, s'adresser qu'aux dispositions non contraires à l'esprit nouveau de l'institution. Mais ces dispositions

quelles sont-elles ? Et comment les distinguer ? Rien ne nous l'indique. — Certaines situations, comme l'istighrâq, n'ont jamais été mentionnées dans la nouvelle législation, de sorte qu'on peut légitimement se demander si elles ne demeurent pas entièrement régies par le droit musulman. Enfin les négligences de rédaction¹ sont nombreuses. Des incertitudes en résultent, qui contribuent encore à obscurcir des textes déjà difficiles à interpréter.

Mais cette insuffisance technique — d'ailleurs facile à réparer par une refonte — ne saurait faire perdre de vue les résultats que consacre la nouvelle législation. Au lendemain du Protectorat les situations résultant du démembrement des habous paraissaient presque inextricables. L'œuvre de la première heure les a dénouées dans des conditions qui, très favorables aux intérêts des Fondations, ont été pourtant acceptées sans grandes difficultés par les occupants. Sans doute, les directives suivies par le législateur s'écartent sensiblement de la théorie traditionnelle du droit musulman. Mais il fallait bien tenir compte des situations acquises. Au terme de l'évolution accomplie, la propriété des biens habous était pratiquement passée aux mains de tenanciers qui en exerçaient la plupart des attributs. Les Fondations ne conservaient plus que leur droit à la redevance ; tel le bailleur dans le bail à rente de notre ancien droit. Le Dahir du 27 février 1914 ne fait donc que consacrer une situation de fait. A mieux connaître la situation de droit, le législateur eut peut-être fait plus belle encore la part des Habous. Il n'eut probablement pas soumis à la même formule de partage de jouissance des institutions d'origine aussi différente que la guelsâ et le gzâ. Toujours est-il qu'après le Dahir du 27 février 1914 la situation se trouvait

1. P. ex. cf. *supra*, n° 43, Dahir du 8 juillet 1916, article 4, 5, 6. « La vente de parcelles » au lieu de « la cession de parcelles ».

éclaircie, l'avenir dégagé, le passé consolidé. De ce même passé le Dahir du 8 juillet 1916 rend la liquidation possible par le procédé très simple de la vente et de l'échange. Lentement, sans à-coups, par le seul jeu de conventions librement consenties, les situations complexes créées par un ancien état de choses qui ne correspond plus à la réalité actuelle peuvent être liquidées. La politique du législateur a donc été à la fois sage et prudente. Les réserves que nous avons été obligé de faire intéressent surtout la forme. Le fond lui est ici très supérieur.

ANNEXES

ANNEXE I

*Extrait de l'Amal Al-Fâst. Comment. As-Sidjilmâsi, édit. tithog.
Fez, 1291, I, chap. du Louage, f° 61, p. 3-8, f° 62, p. 1-5.*

TEXTE

d'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâstî.

[F° 61, p. 3]

« De même pour la Guelsâ et le gzâ; la jurisprudence en a établi la pérennité¹ ».

Commentaire² d'As-Sidjilmâst

L'auteur de ces versets en a donné lui-même un long commentaire et il a cité un grand nombre de consultations d'Imâm à ce sujet; mais il s'est surtout étendu sur le premier point, c'est-à-dire sur ce qui est relatif à la guelsâ.

Nous allons d'abord extraire la substance de ce commentaire. Nous ferons suivre cet exposé de ce que nous avons trouvé nous-même, à ce sujet, dans différents auteurs, se rapportant à l'esprit de ces vers, et plus particulièrement à ce qui est relatif au gzâ.

1. تَبْقِيَة, m. à m. établissement à demeure.

2. Ce Commentaire commence par reproduire le commentaire que l'auteur de l'Amal a fait lui-même de son poème didactique. As-Sidjilmâst formule ensuite des observations personnelles. Nous avons pu conférer le texte avec deux éditions lithographiées de 1298 et de 1328 et un manuscrit de 1232. Une traduction en a été donnée par M. Michaux-Bellaire, in *Rev. du monde musulman*, 1911, vol. XIII. La différence de présentation, sensible, tient en très grande partie à l'utilisation d'éditions différentes.

Commentaire

d'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî.

Mon père¹ a dit : « il est de jurisprudence que la guelsâ et le gzâ entraînent l'établissement à demeure perpétuelle. S'il est en possession, le titulaire est préféré à tout autre. Dans la coutume en vigueur à Fez, telle que je l'ai connue, aucune évaluation ne peut être faite que du consentement mutuel du propriétaire et du bénéficiaire de la guelsâ. Le premier ne peut obliger le deuxième à accepter une modification quelconque, ni diminuer, ni supprimer ses droits, ni le contraindre à faire abandon de son installation ou à la retirer, quand bien même son matériel² serait détruit. Mais il est obligatoire pour le preneur de payer le prix du loyer au propriétaire, qu'il jouisse ou non de l'immeuble. » Suivent d'autres développements concernant ces institutions qui ne sont, ni citées dans le fiqh, ni sanctionnées par les textes, mais sont passées dans la coutume de notre époque et des derniers temps qui l'ont précédée.

Nous en avons trouvé le principe posé en jurisprudence.

Notre maître, le cadi Ibn Souddâ³, a donné sur la question une fetwâ dans laquelle il expose quelles sont, en la matière, la coutume et la jurisprudence en vigueur.

« La guelsâ, dit-il, est comme la *ghirdsâ*⁴ des terrains habous : elle est établie à demeure perpétuelle sur les boutiques sises sur ces terrains et sur les moulins.

« Lorsque le temps stipulé dans le contrat est écoulé, si des contestations au sujet des prix s'élèvent, le bénéficiaire de la guelsâ sera contraint au versement d'un loyer d'un prix

1. 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî.

2. عدة.

3. Sur cet auteur, v. *supra*, n° 25.

4. Plantation.

moyen¹ et conforme à l'usage du pays à l'époque de la contestation. Le propriétaire de l'immeuble sera tenu de l'accepter.

« Si les deux parties sont d'accord pour faire estimer la guelsâ, l'estimation en sera faite à juste prix et la valeur n'en sera pas estimée indépendamment de la propriété.

« Si le bénéficiaire de la guelsâ désire transporter ailleurs les objets apportés par lui et sur lesquels il a un droit exclusif, il est libre de le faire; le propriétaire du terrain ne peut s'y opposer, pas plus [p. 4] qu'il ne peut le contraindre à demeurer là où il est établi en lui payant un loyer moyen, ou à faire une estimation. Il est également interdit à ce dernier d'enlever l'installation du locataire. En effet, la guelsâ a cours au même titre que les gzâ, et sa réglementation est bien connue parmi les questions relatives aux biens habous ».

Nous avons eu connaissance d'une fetwâ qui prend le contrepied de ce qui précède, en se référant aux textes du fiqh. Son auteur, Aboû-l-'Abbâs ben Djilâl a été interrogé au sujet d'un matériel de meunerie indivis qui, devenu hors d'usage, avait été renouvelé par l'un des copropriétaires. Il a répondu :

« Dans le cas où le matériel indivis, mis hors d'usage par suite de vétusté ou détruit au point qu'il n'en reste plus la moindre trace, a été renouvelé par le détenteur de la part de copropriété la plus forte, sans que l'autre copropriétaire ait en rien participé aux frais, le premier en est seul propriétaire et le deuxième ne pourra partager avec lui ni la possession ni les produits du moulin ».

Mon père a écrit au-dessous de ce passage : « la réponse ci-dessus est authentique. »

1. كراء وسط.

'Abd Al-Wâhid ben 'Āchir' a fait, à la même question, la réponse suivante :

« Les guelsâ, notamment le matériel de meunerie, n'ont pas de base juridique. Néanmoins, les gens de Fez ont pris l'habitude de les observer et d'y recourir, de telle sorte que le propriétaire d'un immeuble dans lequel un moulin, par exemple, a été installé, n'a pas le droit, lorsqu'est révolue l'année pour laquelle la location avait été consentie, de faire évacuer le preneur; cela, en raison de l'avantage que le propriétaire, leur a-t-il semblé, en retire. Le bénéficiaire de la guelsâ est, en effet, contraint d'occuper le local, à cause du matériel qui s'y trouve, quand bien même il songerait à l'abandonner, soit à cause du mauvais état des lieux, soit parce que les transactions sont insuffisantes dans le pays.

« Cela étant établi, le titulaire de la moindre part devra contribuer aux frais de réfection proportionnellement à sa part et il deviendra copropriétaire. Quant au loyer du temps écoulé (avant la réfection et à dater de la mise hors d'usage) il n'aura rien à en payer ».

'Abd Ar-Rahmân ben Mohammad Al-Fâsî² a été consulté sur le cas du propriétaire d'une boutique située dans la Qaïçariyâ, qui en avait augmenté abusivement le loyer. Il a répondu : « On en reviendra au loyer habituel, de façon à ne porter préjudice à aucune des deux parties ; or, une augmentation exagérée est un préjudice ».

Notre maître Ibn Miyârâ a été consulté sur le point de savoir si la guelsâ, qui est d'un usage courant à Fez, est licite ou non. Il a répondu :

« Je n'ai trouvé aucun texte se rapportant expressément à la question. Au Maroc, la vente de la guelsâ se présente sous deux formes :

1. Sur cet auteur, v. *supra*, n° 25.

2. Sur cet auteur, v. *supra*, n° 25.

1° L'acte qui l'établit spécifie qu'elle affecte tels et tels objets ;

2° l'acte porte sur un ensemble, sans spécification d'aucune sorte.

S'il en est ainsi, la première forme est, à coup sûr, licite ; la seconde doit être prohibée pour incertitude sur l'objet de la vente.

Toutefois les intentions des contractants peuvent être différentes ; par exemple :

1° L'acheteur de la guelsâ peut s'attacher à ce que les choses achetées et qui sont énumérées dans l'acte, restent là où il les a achetées, de telle sorte qu'elles soient à demeure dans la boutique et qu'il empêche ainsi le propriétaire de l'occuper, ou de la louer à un tiers ;

2° L'acte de guelsâ peut ne porter aucune mention spécifique. Le but des contractants [p. 5] est alors d'établir la pérennité du droit du preneur et de faire interdiction d'agir au propriétaire dans les conditions qui viennent d'être énoncées¹ ;

3° Les contractants peuvent aussi s'entendre² pour le versement au propriétaire de l'immeuble d'un loyer minime pendant un temps prolongé, la majeure partie du montant du loyer revenant au bénéficiaire de la guelsâ. dans la proportion de dix pour un au maximum.

4° Le propriétaire du sol vend la guelsâ et loue l'emplacement proprement dit à celui qui l'a achetée : cela constitue une vente, à n'en pas douter, et une location perpétuelle, la location étendant ses effets tant à l'égard des contractants qu'à l'égard de leurs héritiers ; or, l'acheteur fait partie des personnes obligées (par ce contrat).

1. C'est-à-dire d'occuper l'immeuble ou de le louer à un tiers.

2. تها لام.

Plusieurs autres pratiques relatives à la guelsâ peuvent se présenter. Elles sont contraires à la loi et conduisent à interdire la vente de la guelsâ. Elle est, en effet, un moyen de faire ce que la loi a interdit ; et tout ce qui prête son concours à ce qui est illicite, est illicite, par cela même. Le fait qu'une telle vente est de jurisprudence n'est pas suffisant pour la rendre licite. Que de choses défendues ont été admises par la coutume ! Il se peut qu'à l'origine la guelsâ ait revêtu une forme licite. Plus tard les innovations en ont fait ce qu'elle est ».

Dans une fetwâ d'Abd, Al-Wâhid Ibn 'Âchir, rendue sur le point de savoir si le versement du prix de location est ou non obligatoire pour le bénéficiaire de la guelsâ, à l'époque où, par suite de disette, les boutiques ont été fermées, il est dit :

« Pour ce qui est relatif à la question de la guelsâ, laquelle est une innovation dont la source ne se trouve pas dans la Loi, lorsqu'il y a une crise dans le soûq auquel appartient la boutique dont s'agit, le loyer ne cesse pas d'être dû par le détenteur. Par le fait même que les objets dont le locataire use ne cessent pas d'être sur l'emplacement que cette boutique occupe, celui-ci est obligé au paiement d'un loyer minime, en rapport avec ce qu'il aurait exigé lui-même (s'il avait loué). Par ce même fait, d'autre part, il prive le propriétaire de la jouissance de la boutique ».

Parmi les choses dont mon père, — qu'Allah lui fasse miséricorde, — a pris note, il y a ce qui suit :

« Une question m'a été posée sur les guelsâ des boutiques et des moulins qui, d'après la coutume, sont aliénables au même titre que les gzâ¹.

. Voici comment j'ai répondu :

1. ارض الاجزاء.

Notre maître, Aboû Mohammad 'Abd Ar-Rahmân affirmait d'après l'Imâm Al-Qaçcâr, qui le tenait de Sidi Choqroûn, que ce dont il est question, à savoir la guelsâ, procède des avantages que l'on acquiert par l'acte de location. Il n'y a pas à ce sujet de différence entre les bouliques (c'est-à-dire la guelsâ) et les champs (c'est-à-dire le gzâ) et d'autres objets sur lesquels peut porter la location. La règle établie veut que quiconque a la menfa'â d'une chose puisse en jouir personnellement ou se substituer un autre.

Puis, dans ces derniers temps, l'entente s'est faite et les conventions ont joué sur cette matière entre certains possesseurs de terrains, et plus spécialement les détenteurs de biens habous. Ils ont adopté l'usage de ne pas faire sortir le preneur avec lequel ils auraient établi un acte portant cette clause, et d'admettre que celui-ci ne partirait que de son propre consentement, à cause de l'avantage que l'on pourrait attendre de cette stipulation. Le preneur serait à demeure chez eux. En raison de ce droit de séjour indéfini, on a fait montre d'un grand empressement à acquérir et à se faire céder ces droits de guelsâ et de gzâ.

Si le principe de l'institution est dans l'acquisition de la menfa'â de l'objet pour un temps déterminé par le moyen d'une location, — acquisition dont le caractère de légalité n'est pas discuté, — il n'y a pas d'inconvénient à stipuler l'établissement à demeure du locataire. Bien mieux : même si cette stipulation est une stipulation indépendante du contrat, c'est-à-dire, intervient après expiration du délai prévu, il n'y a aucun mal, non plus, à cela, et la cession du droit et le versement d'espèces, à cet effet, seraient licites, pour la raison, donnée précédemment, que les propriétaires sont convenus de ne pas expulser ceux qui ont stipulé cette clause. Toutefois, s'ils le veulent, ils peuvent augmenter le prix du loyer ; l'autre partie (c'est-à-dire le locataire) peut

accepter [p. 6] ou renoncer à ses droits. Ce droit de priorité, et le fait d'être préféré à tout autre en raison de l'antériorité, sont le but poursuivi. Pour le faire renoncer à ses droits, le propriétaire donnera au locataire une somme d'argent, et celui qui viendra louer ensuite le fera en traitant avec le propriétaire. Si le premier locataire ne renonce pas à ses droits, le deuxième ne peut accéder à la location.

Le but¹ poursuivi étant de faire partir l'occupant, les clauses contraires de l'acte ne sont pas un obstacle. Comme l'a dit At-Tāzaghdarī² on ne doit pas, en effet, dans les actes, tenir compte des termes contraires à l'intention des parties. D'autre part, en matière de guelsā, le rédacteur de l'acte emploie aussi bien le mot « guelsā » que l'expression « matériel de boutique, consistant en ceci et en cela. » En effet, ces objets mobiliers, pris isolément et détachés du tout, ne seraient pas vendus pour le prix qu'ils atteignent lorsqu'ils font l'objet d'une guelsā, ni même pour un prix approchant. On trouve dans les ouvrages des Imām, l'indication du principe que j'énonce, ainsi que des principes analogues.

Le cadī Ibn Rouchd³ a été consulté sur le cas d'individus associés pour l'exploitation d'une mine. L'un prétendait qu'un de ses co-associés lui avait donné une part indivise de l'objet possédé en commun, alors que l'autre affirmait qu'il

1. Il s'agit ici de cession d'une guelsā déjà constituée. Cette cession revêt la forme d'une vente de matériel de boutique. L'auteur la considère comme valable.

2. Mohammad ben 'Abd Al-'Aziz Aboû-l-Qâsim At-Tāzaghdarī, originaire d'une localité située près de Tanger. Auteur de nombreuses fetwā rapportées au *Mi'yār*. Cf. Ahmad Baba, *Nil Al-Ibtiḥadj*, p. 159 et 291.

3. Aboû-l-Wālid Ibn Rouchd, mort en 520/1126, cadī de Cordoue. Auteur des *Mouqaddimāt* et du *Bāyyān*, introduction et commentaire de la *Moudawwanā*. Grand-père d'Averroès, cf. Ibn Farḥūn, *Dibādj* p. 279 et Brockelmann, *op. cit.*, I, 384.

y avait eu vente¹ et que la forme de don n'était qu'un artifice employé pour rester dans la légalité.

Il a répondu : « Si cet associé a donné ou vendu sa part de la mine alors qu'elle ne produisait rien, mais que l'acquéreur ait lieu d'espérer un rendement dans l'avenir, cet acte est licite, étant donné qu'il ne constitue pas, à proprement parler, une vente. Le premier associé ne laisse au second, en échange de ce qu'il reçoit, que son droit de recherche en raison de la priorité de ses travaux d'excavation. »

Ce que dit l'auteur : « Il n'y a pas là, à proprement parler, une vente... », se rapporte à la question traitée. On peut en déduire que ce qui en fait l'objet est licite à ses yeux.

Al-Bourzouli², après le texte précédent d'Ibn Rouchd, dit : « Ce qui vient d'être exposé, et tout ce qui y ressemble, donne l'indication de ce qui se passe aujourd'hui pour la vente d'une charge dans les Habous, ou de fonctions analogues, notamment les offices dans l'armée ; celui qui fait une semblable vente ne fait que transmettre ses propres droits. Une telle chose n'est pas licite, parce que le premier bénéficiaire n'a qu'une jouissance temporaire (intifâ') qu'il ne peut ni vendre, ni donner ; en admettant même la licéité de cet acte, on ignore combien de temps l'acquéreur conservera la jouissance, ou à combien s'élèvent les bénéfices auxquels il pourra prétendre. »

Dans les Nawâzil du Mi'yâr il est dit qu'Ibn Maqlâch fut consulté au sujet de la location d'une saline. Il répondit :

« La location d'une saline n'est pas une vente, comme on

1. La vente d'une mine est sans doute considérée ici comme illégale à cause de l'ignorance où l'on est de la valeur de la chose vendue. Sur les concessions de mines par *iqthâ'* اقطاع ; cf. Mawerdi *Ahkâm As-Soulthâniyâ*, ch. xvii.

2. Aboû-l-Qâsim Ahmad ibn Mohammad Al-Bourzouli. Professeur de droit à Tunis, mort en 841/1437 ou 844/1440. Auteur de nombreuses fetwâ. V. Brockelmann, *op. cit.*, II, 247.

pourrait le croire. On loue une mine de sel pour procéder à l'extraction de cette substance pendant un certain temps, car la mine est un bien affecté à l'intérêt général. Lorsque le sultan la concède à quelqu'un, il ne lui donne que le droit d'exploitation, ce qui ne constitue pas une opération aléatoire. »

Al-Wancharisî a dit : « Considère la question de la pêche de l'âlose. Le locataire de la terre loue pour obtenir la levée de l'interdiction, la pêche étant réservée au propriétaire. Même signification pour la vente des prairies d'Al-Qaççârîn. à Fez. Elle n'a d'autre objet qu'une transmission de possession parce qu'elle ne peut faire l'objet que d'un droit de jouissance temporaire et d'un droit de priorité. Faire de ces droits une dépendance des Habous et donner aux titulaires un droit d'accès au Habous même, c'est commettre une iniquité et entretenir des imâm et des muezzin avec des choses prohibées ».

Là se termine ce qu'a dit mon père. Ses paroles sont en opposition avec ce qui précède, sur le point de l'attribution au propriétaire de l'immeuble du droit de contraindre le titulaire de la guelsâ à payer un prix très élevé.

Cette jurisprudence a été adoptée par le cadi actuel, qui a conclu au droit, [p. 7] pour les propriétaires, d'augmenter le loyer du sol à l'encontre du bénéficiaire de la guelsâ, ce qui est contraire à la coutume précédemment établie à Fez. »

(*Fin du commentaire abrégé d'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fasî*).

Commentaire de Sidjilmâsî (suite).

Ce qu'on appelle la guelsâ à Fez est la même chose qui porte au Caire le nom de kholoû. Les décisions prises par les maîtres au sujet de celui-ci, sont en conformité avec ce qu'a

dit l'auteur des vers au sujet de la guelsâ — et Dieu le sait mieux que tous.

'Ali Al Oudjhoûrî¹ a dit : « Le nom de kholoû s'applique à la partie de la jouissance (d'une chose) acquise moyennant argent. C'est dans ce sens que l'on dit : le loyer du waqf s'élève à tant et le loyer du kholoû à tant »,

Nâcir Ad-Dîn Al-Laqaî² a été consulté sur le kholoû des boutiques, lequel est passé à l'état de coutume au Caire et dans les autres villes, et constitue d'importants héritages. Lorsque quelqu'un décède, lui a-t-on demandé, son héritier a-t-il droit au kholoû qu'il avait sur une boutique, et, à défaut d'héritier, ce même droit fait-il retour au Trésor? Les dettes du *de cujus* peuvent-elles être payées sur le kholoû?

Il a répondu :

« Lorsque le défunt a un héritier légal, celui-ci, suivant la coutume, a droit au kholoû du *de cujus* sur la boutique. S'il meurt sans héritiers, le kholoû est attribué au Trésor. Si, ayant une dette, il ne laisse pas de quoi la payer, elle sera remboursée sur le kholoû qu'il possédait. »

As-Sanhoûrî³ a été consulté au sujet du possesseur d'un kholoû dont un tiers avait usurpé le local et obtenu du nâdhir la location de la boutique qui en faisait l'objet. « Le locataire, lui a-t-on demandé, devra-t-il payer le loyer d'équivalence, et le loyer sera-t-il réparti entre le kholoû et le habous? »

Il a répondu : « Le locataire doit payer le loyer d'usage, qui sera partagé entre le waqf et le détenteur du kholoû proportionnellement à ce qui revient à chacun d'eux. » (Rapporté par Az-Zarqaî, d'après Al-Oudjhoûrî, dans son grand commentaire).

Az-Zarqaî⁴ a rapporté, en outre, ces paroles d'Al-Oudj-

1. V. *supra*, n° 25.

2. V. *supra*, n° 25.

3. Cf. Az-Zarqaî. Commentaire de Khalil, VI, p. 127-128 et glose marginale, *ead. loc.*

houîrî : « C'est en ce sens que la plupart de nos maîtres ont rendu leurs fetwâ, disant que la jouissance de l'objet du kholoû est indivise entre le bénéficiaire du kholoû et le waqf, suivant les stipulations intervenues entre le bénéficiaire du kholoû et le nâdhir dans l'intérêt commun (des contractants), ainsi qu'il est exposé dans la fetwâ de Nâcir Ad-Dîn. »

'Abd Al-Bâqî (Az-Zarqânî¹) a dit :

« De ces mots de celui qui a interrogé As-Sanhoûrî : « et lui a usurpé », il faut déduire que le nâdhir n'a pas le droit de louer à un autre qu'au titulaire du kholoû. C'est dans ce sens que mon père a rendu une fetwâ, disant : « Ce principe découle de la fetwâ de Nâcir Ad-Dîn. »

J'ai eu connaissance du texte suivant, écrit par une personne judicieuse :

« 'Abd Al-Qâdir Al-Fâstî, — qu'Allah lui fasse miséricorde, — a été consulté au sujet de la guelsâ établie sur les boutiques, en vertu de la coutume. »

Il a répondu : « La guelsâ comporte des conventions et des usages spéciaux. Rarement elle est conforme à la Loi. Le seul cas où elle soit licite est celui où le contrat porte sur une boutique ou autre local dans lequel le locataire a procédé à une installation pour un terme connu ou déterminé, et où le contrat est renouvelé à son expiration. Celui qui possède la jouissance d'une chose [p. 8] peut, en effet, se réserver cette jouissance ou la céder à un tiers tant que courra le temps porté sur l'acte de location. Si cet acte n'est pas renouvelé, le locataire ne pourra s'opposer à ce que le propriétaire dispose de sa chose, étant donné qu'il n'est ni associé ni co-propriétaire. Tel est le droit le plus pur ; telle est la règle du char¹. »

Le contenu de cette fetwâ établit, comme le dit son auteur,

1. V. *supra*, n° 25.

le droit le plus pur. La jurisprudence exposée dans les fetwâ des précédents auteurs n'est pas conforme aux textes écrits.

Ce principe a été mis en vers par un imâm qui a dit :

« La guelsâ en usage à Fez sur les boutiques ne puise pas sa justification dans les principes du char' ; elle n'est pas non plus assise sur l'analogie (*qiyyâs*), comme l'ont dit des personnages avisés. »

Voilà ce qui se rapporte à la guelsâ,

Quant à la terre de gzâ, sachez, relativement à la vente des matériaux qui y sont placés sans stipulation qu'ils devront être enlevés, mais, au contraire, avec stipulation d'établissement à demeure, qu'il y a désaccord entre les docteurs.

L'auteur de l'*Amal* a exposé que, suivant la jurisprudence, il est licite de vendre. C'est l'opinion d'Ibn Al-Qâsim¹, rapportée dans l'*Asadiyâ*², ainsi qu'il est dit, au *Mi'yâr*, Chapitre des ventes, *principium*. Dans la doctrine dominante, selon Ibn Al-Qâsim, cet acte n'est pas licite ; et c'est la véritable doctrine, selon Ibn Sahl³. Celui-ci a dit, Chapitre de la vente des matériaux des constructions édifiées sur le terrain du Sultan ou des Habous : « D'après les *Wathâiq* d'Ibn Al-'Attâr⁴, il n'est pas licite de vendre les boutiques, en-

1. Principal élève de Mâlik. Importateur de sa doctrine au Maghreb. Né en 132/719, mort au Caire en 191/806. L'ensemble des auditions recueillies par lui de Mâlik et transmises à ses disciples, forme la *Moudawwand*. V. Brockelmann, I, 176 et *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 142 et s.

2. Recueil d'auditions transmises par Asad Ibn Al-Fourât, auditeur de Mâlik, né en 142, 143 ou 145, mort à Saragosse en 213 ou 214. V. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 98. D'après Brockelmann, *op. cit.*, I, 176, le recueil d'auditions d'Asad ibn Al-Fourât serait une première rédaction de la *Moudawwand* faite à son retour d'un voyage en Irâq.

3. Abou-l-Açbagh ibn Sahl. Né à Cordoue, étudia à Grenade, professa à Ceuta, fut cadî de Tanger. Auteur d'un livre célèbre intitulé *Al-Il'âm binawâzil Al-Ahkâm*, mort à Grenade en 486 hég. Cf. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 182.

4. Mohammad ben Ahmad ben 'Abdallah Ibn Al-'Attâr. Jurisconsulte andalous, mort en 369 hég. Cf. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 269.

semble leur installation, édifiées sur un terrain appartenant au Sultan, en stipulant qu'elles resteront à demeure, car le sol n'appartient pas au vendeur et celui-ci ignore combien de temps elles demeureront sur l'emplacement qu'elles occupent ; cette stipulation contiendrait un aléa et un vice. Si une vente semblable a eu lieu, elle est nulle. Si la chose vendue a été détruite, ou si un accident quelconque lui est survenu, l'acheteur a droit à la valeur des matériaux séparés du sol. S'il a vendu la boutique à la condition que l'acheteur enlève son installation, la chose est licite pourvu que l'un et l'autre n'aient pas l'intention secrète de laisser subsister cette installation là où elle est. Dans le cas où ils auraient ce dessein, ou auraient fait une stipulation dans le sens indiqué, la chose ne serait pas licite, même s'ils affirmaient qu'ils ont stipulé ferme. En effet, le prix a été augmenté en conséquence et l'on ne sait quand le Sultan fera vider les lieux à l'acheteur, ou lui prendra (ce qu'il détient) pour sa valeur.

Ibn Zarb¹ a dit, d'après ses *Masâil* :

« Si vente est faite des matériaux, à l'exclusion du sol, cette vente est illicite, car il est évident que si l'acheteur n'espérait pas demeurer sur le sol, il ne donnerait pas des matériaux le prix qu'il consent. »

Ibn Dahhoûn² lui dit alors : « Et si le vendeur stipule de l'acheteur qu'il devra enlever ses matériaux ? » Il se prit à sourire et répondit : « Ce serait là un artifice que tous emploieraient, s'ils en avaient connaissance » ; puis, il admit que cette vente serait licite, c'est-à-dire : dans le cas où l'on stipulerait l'enlèvement des matériaux.

Ibn 'Attâb, Ibn Al-Qatthân et Ibn Mâlik³ ont rendu des

1. V. *supra*, n° 26.

2. V. *supra*, n° 26.

3. V. *supra*, n° 26.

fetwâ suivant lesquelles une telle vente doit être annulée, quand bien même cette clause aurait été insérée dans l'acte, que l'acheteur n'a acheté la chose que pour procéder à sa démolition.

J'ai connaissance de jugements rendus conformément à cette opinion, dans des cas où les parties avaient en vue le maintien des constructions, même quand elles avaient stipulé leur enlèvement.

Ibn 'Attâb [f° 62 p. 1] m'a dit en outre : « Si la condition est impossible à réaliser, — par exemple, si l'acheteur a détruit la construction, la vente est définitive pour le prix auquel elle avait été conclue ».

Ibn Mâlik m'a exprimé une opinion analogue et déclaré que telle est la vraie solution quand je lui en eus fait part. Il a ajouté : « Il n'y a lieu à annulation qu'en raison de ce que l'on suppose que les parties ont en vue le maintien de l'installation. La démolition de celle-ci fait disparaître ce soupçon ».

Ibn Sahl ajoute : « C'est là une question dont j'ai traité tous les aspects. Or, rien de ce que contient la *Moudawwanâ* sur ce sujet ne se trouve dans la jurisprudence; et les derniers maîtres n'ont pas rendu de fetwâ sur la matière. La juste manière de voir est celle qu'ont exposée Achhab¹ et Sahnoun², à savoir : l'interdiction de cette vente. Quant aux artifices mis en œuvre par les « derniers maîtres », concernant l'enlèvement des matériaux, ils ne sont pas à l'abri de toute opposition, étant donné que le propriétaire peut prendre les matériaux pour leur valeur après démolition ».

1. Célèbre auditeur de Mâlik. Mort en Egypte en 204 hég. Né en 140 ou 150. V. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 98-99.

2. 'Abd As-Salâm b. Sa'id Sahnoun b. Sa'id b. Habîb At-Tonoûkhî. Né en 160 ou 161 hég. Disciple d'Ibn Al-Qâsim à partir de 188 (Brockelmann, *op. cit.*, I, 176). Celui-ci lui aurait transmis verbalement la doctrine de Mâlik. Le recueil de ces auditions forme la *Moudawwanâ*. V. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 160.

Les paroles de l'auteur : « cela ne se trouve pas dans la jurisprudence », ont trait à ce qui avait cours de son temps et avant lui ; elles ne réfutent pas ce qu'a dit l'auteur de l'*Amal* relativement à la jurisprudence de la vente avec stipulation d'établissement à demeure. Ces paroles, — je veux-dire : le texte du poète relativement à la jurisprudence de la vente pour un établissement à demeure — sont corroborées par les *Nawâzil* du *Mi'yâr* sur les Habous, notamment par ce qui suit :

« Il a été consulté (à savoir Ibn Sirâdj)' au sujet d'une terre constituée en habous, sur laquelle des plantations avaient été faites et des constructions élevées (par son détenteur). Lorsque le montant fixé pour le terme de la jouissance fut arrivé, celui qui avait édifié les constructions ou fait les plantations (ou, à son défaut, ses héritiers) voulut vendre ce qu'il avait planté ou construit pour lui. Or, il s'agissait d'un terrain habous. Cela est-il licite d'une manière générale ? Peut-on stipuler l'enlèvement des matériaux après démolition, alors que les contractants ont en vue un établissement à demeure, ou que tel est l'usage ?

« Il a répondu : La vente des matériaux d'une construction élevée sur un terrain habous, sans stipulation d'enlèvement et de démolition, soulève une controverse. Elle a été interdite par un certain nombre de docteurs du rite malékite, alors que d'autres l'ont admise.

« L'opinion juste est celle qui la tient pour licite, si l'usage admet que ces matériaux restent à demeure.

« Il y a de même, dans les *nawâzil* sur les Ventes, une réponse due à un certain *chikh*. Celui-ci fut consulté sur le

1. Mohammad b. Mohammad Aboû-l-Qâsim b. Sirâdj Al-Andalousî Al-Ghar-nathî. Elève d'Ibn Loubb ; fut le professeur d'Ibn Mandhoûr. Cadi andalou. Auteur d'un grand commentaire sur le *Moukhtaçar* de Khalil et de nombreuses *fetwâ* citées au *Mi'yâr*. Mort en 848 hég. V. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 308.

cas de quelqu'un qui avait acheté les matériaux (dont était édifiée une construction) située sur un terrain du Makhzen, et qui, par la suite, s'était aperçu d'un vice inhérent au sol attenant. Ce vice consistait, dans l'espèce, en un égout qui traversait le vestibule de la maison.

« Il a répondu : L'achat des constructions élevées sur terrain Makhzen n'est valable, d'après la manière de voir de l'ensemble des ouléma, — Ibn Al-Qâsim, et ceux qui suivent sa doctrine, — que si le contrat est fait avec stipulation d'enlèvement des matériaux, non avec clause de demeure. On a rapporté d'Ibn Al-Mawwâz' qu'il valide l'achat de matériaux en vue d'un établissement à demeure. Mais, pour l'ensemble des ouléma, l'acheteur n'a aucun recours du fait d'un vice affectant le sol. Quant à l'opinion, attribuée à Ibn Al-Mawwâz, sur la licéité de la vente faite avec stipulation d'établissement à demeure, la jurisprudence l'a peut être admise depuis un certain temps, et plusieurs jurisconsultes ont déduit cette doctrine des paroles d'Ibn Sahl. Mais si l'on prend en considération le texte de l'acte (à savoir que l'édifice est vendu indépendamment du terrain, il ne doit pas y avoir recours contre le vendeur pour un vice inhérent au sol, parce qu'il ne l'a pas vendu et qu'il n'en a pas reçu l'équivalent. Si l'on tient compte du but poursuivi par les parties dans cet achat, il n'est pas douteux qu'il y a eu achat de la construction avec un droit d'établissement à demeure, et non des matériaux détachés du sol. Les parties ont en vue la jouissance du terrain, pour laquelle une redevance est versée au propriétaire du sol. Si la chose vendue est de première nécessité, comme un puits, on dit [p. 2] qu'il pourrait y

1. Moḥammad b. Sa'îd b. Al-Mawwâz. Jurisconsulte cordouan. Auteur d'un ouvrage très connu sur les actes juridiques, *Al-Walḥdiq*, et appelé la *Mawwâziyyā*. Vivait vers la deuxième moitié du III^e siècle hég. V. *Dībādj* d'Ibn Farḥūn, p. 221-222.

avoir recours pour l'excédent du prix des matériaux. Pour les vices cachés, comme c'est le cas ici, il n'y a pas lieu à recours ».

Ce qu'il faut retenir de cette citation, ce sont les mots : « la jurisprudence l'a peut-être admise ».

Au commencement du Chapitre des Ventes du *Mi'yâr*, il est dit :

« Ibn Mandhoûr¹, — qu'Allah lui fasse miséricorde, — fut consulté sur le cas d'un homme qui avait loué à *gzâ* une pièce de terre et y avait édifié une construction destinée à la fabrication des poteries. Il l'avait occupée plusieurs années, puis l'avait vendue, en stipulant de l'acheteur que le *gzâ* (c'est-à-dire le loyer du *gzâ*) de cet immeuble reviendrait à certaines personnes qu'il avait désignées. La vente avait eu lieu depuis trente ans lorsqu'une dispute survint au sujet du terme du *gzâ*. L'acheteur dit : « Le *gzâ* est fait pour de longues années ». Quant aux bénéficiaires du *gzâ*, ils dirent : « La durée du *gzâ* n'est que de trente ans, d'après l'usage courant. »

Ibn Mandhoûr a répondu :

« Le *gzâ* est une location. En principe, la durée en doit donc être déterminée. Toutefois, d'après la coutume établie, la durée en est perpétuelle. C'est à cette dernière manière de voir que s'est arrêtée l'opinion publique ».

Ces trois réponses confirment ce qui se trouve dans les vers relativement à la vente pour durée indéfinie du *gzâ* des terres.

Allah est plus savant que tous.

REMARQUES.

I. — Il a été rapporté dans deux passages du *Mi'yâr* une réponse d'Ibn Loubb² à la question de la plantation des vignes

1. V. *supra*, n° 26.

2. V. *supra*, n° 26.

sur une terre du Sultan, concédée à *gzâ*, et sur la vente de ces vignes avec établissement à demeure. L'auteur de la réponse a indiqué son avis, admettant certaines tolérances ; puis, à la fin de sa réponse, il a indiqué plusieurs raisons qui conduisent à l'interdiction du principe même d'un contrat semblable. Parmi ces raisons, il a cité l'ignorance du terme pour lequel est fait le contrat (*gzâ*), étant donné que le concessionnaire du *gzâ* ne l'a pas obtenu pour un temps déterminé. Puis il a répondu que, d'après l'usage, la location à *gzâ* ne doit pas être interrompue tant que les plantations faites par le locataire demeureront sur le terrain loué ; l'usage est donc que la location durera tant que le locataire voudra laisser ses plantations sur le terrain loué. C'est comme si le *gzâ* était un colonat partiaire (*mousâqâ*), payable par année tant que les plantations resteront sur la terre où elles ont été faites, le bénéficiaire devant payer le loyer de cette terre. Considérez, dans la '*Oṭbiyâ*', ce qui a trait à la location des maisons pour plusieurs années ou pour une seule année, avec stipulation que le locataire sortira quand bon lui semblera. Une telle stipulation est licite.

Il est rapporté au cours des développements de certaines questions posées à Al-Mawwâq¹, qu'il fut consulté au sujet d'un terrain qu'un nâdhir des Habous avait décidé de laisser sans le cultiver comme c'est l'usage pour les terres de labour. Cette terre contenait des arbres. Le nâdhir avait décidé de ne pas faire de semailles sur ce terrain tant qu'il s'y trouverait des plantations.

Al-Mawwâq a répondu :

« D'après les termes de cette question, la terre dont il

1. Aboû 'Abdallah Mohammad b. Yousof Al-Mawwâq Al-'Abdari Al-Gharnathî. Commentateur de Khalîl, mort en 897/1492. V. Brockelmann, *op. cit.* II, 84 et Ahmad Bâbâ *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 324-325.

s'agit était en exploitation et produisait un revenu. Quelqu'un en était chargé ».

A propos d'une question posée dans la *Moudawwand*, Mâlik a dit : « Si quelqu'un propose à une autre personne de lui donner en location une terre pour un prix annuel, sans que le terme de la location soit indiqué, le locataire peut partir lorsqu'il le désire et n'a à payer que le prix afférent à la durée de son occupation. Ibn Yoûnos¹ a dit : « C'est comme s'il avait répondu : Je te loue moyennant tant par an ». La solution de cette question doit être appliquée en matière de habous.

Dans la réponse d'Ibn Loubb, rapportée [p. 3] plus haut, se trouve également la confirmation du passage du texte de l'*Amal Al-Fâst* qui rapporte que la jurisprudence reconnaît la vente avec établissement à demeure. La question porte en effet : Est-il licite de les vendre (il s'agit des vignes sur lesquelles porte le *gzâ*), malgré que la coutume admette l'établissement à demeure ? L'auteur de la question dit : « car la coutume l'admet ». Ibn Loubb, lui-même, dit dans sa réponse : « Quant à ce qui est devenu jurisprudence et qui est une coutume ancienne, il faut le ramener à un principe juridique, autant que faire se peut, qu'il y ait accord ou controverse. Il n'est pas nécessaire, en effet, que la jurisprudence soit absolument d'accord avec un rite déterminé et avec l'opinion doctrinale dominante ».

II. — Tout ce qui a été dit précédemment a trait à la vente des matériaux avec établissement à demeure perpétuelle. Quant à la vente des matériaux conclue (avec stipulation d'établissement) pour un temps limité, le vendeur ayant stipulé pour ce même temps la location de la terre seulement, elle est licite, que le vendeur ait ou non stipulé, à l'égard de

1. Disciple de Mâlik.

l'acheteur, l'obligation de verser le loyer de la terre pour le temps (de location) qui est encore à courir.

C'est pour cela que le jurisconsulte Aboû-l-Fadhl Râchid¹ a dit dans une de ses réponses : « Quant à la vente des matériaux d'une construction élevée sur un terrain donné en location pour un temps déterminé, avec cette clause que ces matériaux demeureront édifiés sur la terre prise en location jusqu'à l'expiration du contrat, une telle stipulation est licite, sans aucune objection. En effet, le vendeur a vendu le domaine éminent sur les matériaux, plus la jouissance personnelle du terrain pour que les matériaux y demeurent jusqu'à l'expiration du temps fixé, chacune de ces deux choses (les matériaux et la jouissance du terrain) étant cédée pour un prix fixé. Si leur prix respectif n'a pas été fixé, l'acte juridique se ramène à une vente de deux objets, par un seul et même contrat, par un seul et même vendeur, le montant du loyer du terrain demeurant à la charge de ce dernier ; à moins qu'il n'ait stipulé le versement dudit loyer par l'acheteur au bailleur du sol par échelon et après évaluation. Cela est licite, d'après une citation du *Mi'yâr* aux derniers nawâzil des Ventes ».

Au commencement de ces mêmes nawâzil, il est dit que le jurisconsulte Al Dja'dâla, — qu'Allah lui fasse miséricorde — fut consulté sur le cas de quelqu'un qui avait affermé un terrain habous pour une durée de vingt ans et y avait planté de la vigne. Au bout d'un certain temps il voulut vendre sa plantation. Est-ce licite ? Doit-il vendre pour la durée du bail qui reste à courir ? ou vendre sans rien spécifier ?

Il a répondu :

« Il est licite pour celui qui prend à location une terre habous, de vendre les plantations qu'il a faites avant l'expi-

1. V. *supra*, n° 26.

ration du temps de cette location, à quelqu'un qui se substituera à lui jusqu'au terme fixé. A l'expiration de ce terme, l'acheteur subira le traitement de celui qui a fait les plantations ».

Le *Mi'yār* a reproduit cette même citation dans les *nawāzil* relatifs aux Habous.

III. — De même qu'il y a controverse au sujet de ces ventes de matériaux avec stipulation d'établissement à demeure, de même il y a controverse au sujet des ventes de matériaux avec stipulation de leur enlèvement. La doctrine dominante est que ces opérations sont licites.

Ibn Salamoûn¹ a donné la formule de cet acte, puis a dit :

« On a prétendu que la vente des matériaux n'est licite qu'à la condition qu'ils soient démolis, parce que l'on ne peut les évaluer que dans cet état ».

Il a dit également ce qui suit :

« Il est loisible au possesseur d'un jardin planté d'arbres de le vendre sans que le possesseur des arbres qui s'y trouvent ait à intervenir; le possesseur des arbres agira à l'égard de l'acheteur, comme il agissait à l'égard du premier propriétaire du sol ». (C'est-à-dire, il lui paiera le loyer du sol). Quant au [p. 4] propriétaire des matériaux, il a le droit de vendre ceux-ci à qui bon lui semble; ou bien le propriétaire du jardin lui donne, s'il l'accepte, le plus bas des deux prix : prix actuel des matériaux ou leur prix d'achat. On a dit que ces matériaux ne peuvent être vendus à un autre que le propriétaire du terrain, sans le consentement de ce dernier, à moins que la vente ne soit destinée à éteindre une

1. V. *supra*, n° 26. Cadi de Grenade. Auteur d'un célèbre formulaire d'actes juridiques appelé dans les textes *Al-Wathāiq*. Le *Dihādj* d'Ibn Farhoûn l'indique comme né en 603 et mort en 702 hég. Brockelmann (*op. cit.* II, p. 264), le porte comme mort en 767/1365. Les *Wathāiq* ont été éditées au Caire, 2 vol. 1301 hég. en marge de la *Tabçîrâ* d'Ibn Farhoûn.

dette, ou dans le cas de nécessité. En effet, l'acheteur (autre que le propriétaire du terrain) ignore s'il achète les matériaux eux-mêmes ou leur valeur ».

Dans les *Ahkâm* d'Ibn Sahl voici ce qui est dit, Livre de la Chouf'â, sur l'article précédent :

« Des difficultés se présentent lorsqu'un propriétaire a autorisé deux personnes à bâtir sur son jardin. Si l'un d'eux vend sa part dans les matériaux, son associé a le droit d'exercer le retrait, à moins que le propriétaire du terrain ne veuille prendre ces matériaux pour leur valeur. Ailleurs, d'après Achhab et Sahnou'n, il est dit que la vente des matériaux n'est pas licite, car le propriétaire du terrain a le droit de les prendre, et les achète, tantôt pour leur prix tantôt pour leur valeur ». A mon avis, (Sidjilmâst) la solution donnée à cette question par la *Moudawwânâ* est que le propriétaire du terrain prend les matériaux pour leur valeur ou pour leur prix, suivant qu'il est plus ou moins élevé. C'est ce qui est dit au *Tawdhîh*, après la citation du texte qui précède : « Si deux hommes ont bâti sur un jardin avec l'autorisation du propriétaire et qu'ensuite l'un d'eux ait vendu sa part dans les matériaux, le propriétaire a le droit de les prendre pour leur valeur ou pour le prix qu'il les a vendus, suivant qu'il est plus ou moins élevé que ce prix. S'il ne le veut pas, l'associé a le droit d'exercer la chouf 'â ». Le chikh Mouçthafâ¹, dans sa glose, a rapporté ce texte d'après la *Moudawwânâ* et ajoute : « 'Iyyâdh a dit : il appert de ce qui précède que le propriétaire a le droit d'exercer la chouf 'â entre les mains de l'acheteur — on a dit aussi : du vendeur — pour ce qui est le moins élevé, de la valeur des matériaux démolis ou du prix. La vente est annulée entre le vendeur et l'acheteur, et ce dernier a le droit de répéter le prix par lui

1. Glossateur de Khalil. V. Brockelmann, *op. cit.* II, p. 84.

versé ». Le dire suivant, d'Ibn Abî Zamanâin, dans la remarque : « puis il appartient au propriétaire du terrain de donner le prix le moins élevé... » donne à croire que la chouf'â est exercée entre les mains de l'acheteur, ce qui concorde avec la deuxième opinion signalée par 'Iyyâdh¹; et Allah est le plus savant.

IV. — Ibn Loubb a dit, dans sa réponse à la question relative aux vignes sur lesquelles porte un gzâ : « on rapporte qu'il y a controverse sur le point de savoir si la vente des matériaux, faite à la condition que lesdits matériaux soient enlevés, est licite, comme c'est l'opinion d'Ibn Al-Qâsim, ou si elle est interdite — comme c'est l'opinion d'Achhab et de Sahnoun. C'est ainsi qu'a été rapportée la controverse, par Ibn Rouchd, dans ses *Prolégomènes*, je veux dire : sous la rubrique : « vente à condition que les matériaux seront enlevés » ; et plusieurs ouléma ont ajouté, d'après Sahnoun, que cette vente est permise en cas de nécessité. Toutefois Ibn Abî Zamanâin¹, dans ses *Wathâiq*, dit que cette vente n'est licite, en cas de nécessité, qu'avec stipulation d'établissement à demeure. C'est ce qui est prescrit dans la formule d'acte qu'il donne. Il semble bien résulter de ses explications que la controverse entre Ibn Al-Qâsim et les autres ouléma porte sur la vente des matériaux avec stipulation d'établissement à demeure ; qu'Ibn Al-Qâsim lui reconnaît un caractère licite dans d'autres cas que le cas de nécessité et que les autres ouléma restreignent à ce seul cas la licéité de l'acte ». Ce que donnent à comprendre les paroles d'Ibn Abî Zamanâin dans le passage où celui-ci a précisé

1. Abou-l-Fadhl 'Iyyâdh b. Moûsâ, né à Ceuta en 496 hég., mort à Marrakech en 544. Auteur du célèbre livre *Ach-Chifa*, sur les mérites du Prophète. Exerça pendant plus de 30 ans la judicature et écrivit de nombreux traités pratiques de droit. Elève d'Ibn Rouchd, d'Ibn Sirâdj, d'Abou Zaïd Al-Qairawân. *Dirâdj* d'In Farhoun, p. 168 à 172.

la controverse entre Ibn Al-Qâsim et d'autres jurisconsultes est exactement le contraire de ce qu'a rapporté à ce sujet Aboû 'Abdallah Al-Haffâr¹, car celui-ci, dans une réponse à la question qui nous occupe, s'exprime ainsi :

« Ibn Abî Zamaïn² a traité également cette question [p. 5] et a dit que la vente est licite, selon Ibn Al Qâsim, avec stipulation d'enlèvement des matériaux ; puis il — c'est à-dire, Ibn Abî Zamaïn — a dit que d'autres jurisconsultes sont d'avis que cette vente n'est pas licite, sauf en cas de nécessité ». Telle est la citation du *Mi'yâr*, Habous, Principium. Ibn Sahl, dans la citation qu'il fait d'Ibn Abî Zamaïn, ne s'explique pas de manière à dévoiler la pensée de l'auteur et sa signification. Ibn Abî Zamaïn, dans ses *Wathâiq*, parle de quelqu'un qui prête à usage un terrain à un homme pour qu'il bâtit; celui-ci bâtit, puis veut vendre à un autre que le propriétaire du terrain. Suivant Ibn Al-Qâsim, il appartient à ce dernier de donner à l'acheteur le prix le moins élevé, de la valeur des matériaux ou du prix d'achat. Ibn Abî Zamaïn dit : « D'autres jurisconsultes qu'Ibn Al-Qâsim sont d'avis que cela n'est pas licite, à moins que l'on ne vende pour payer la dette du propriétaire des matériaux ; auquel cas cela est licite immédiatement, en raison de la nécessité ». Ibn Abî Zamaïn a dit, d'autre part : « si l'on a vendu pour payer une dette, la formule d'acte est la suivante : « un tel a acheté... (Ibn Sahl continue la citation de la formule et dit *in fine*) : « la boutique est passée à l'acheteur qui pourra la meubler, l'habiter, y faire

1. Probablement Mohammad Al-Ançart surnommé Al-Haffâr, mufti de Grenade, mort en 811 hég. V. Ahmad Bâbâ *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 282.

2. Mohammad Aboû 'Abdallah b. 'Abdallah b. 'Isâ b. Abî Zamaïn, Jurisconsulte de Grenade. Auteur du *Maghrib*, abrégé de la *Moudawwanâ*, et d'un formulaire célèbre d'actes juridiques appelé les *Wathâiq*. Mort à Al-Bîra en 369 hég. V. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 270.

habiter, la louer comme celui à qui elle appartenait, — c'est-à-dire le vendeur, — jusqu'à ce que le propriétaire du terrain veuille l'en faire sortir. Les prescriptions de la Sounnâ sont ainsi observées ». C'est à cette fin de formule qu'Ibn Loubb se réfère dans la citation faite plus haut... « C'est ce qui est prescrit dans la formule d'acte que donne Ibn Abî Zama-nâin ».

V. — Ibn Loubb a rapporté que l'auteur des *Wathâiq Al-Marjmoû'* reproduit les avis ci-dessus, d'Ibn Al-Qâsim et des autres jurisconsultes, et dit que l'argument invoqué par ces derniers consiste dans une prohibition provenant de ce fait que l'acheteur ne sait ce qu'il achète : les matériaux ou leur valeur ?

Ibn Loubb dit ensuite : « Al-Lakhmî¹ a attaqué cette argumentation. Nous trouvons en effet dans le char' des cas semblables où la vente est licite. Tel est le cas où une part de propriété sur laquelle le droit de retrait peut être exercé est vendue moyennant des objets mobiliers. Ici l'acheteur ne sait ce qu'il achète : une part de propriété ou la valeur des objets mobiliers ?

Autre cas semblable et dans lequel se trouve un véhicule de prohibition, pour la raison que nous venons d'exposer : le propriétaire indivis d'un esclave vend sa part dans ledit esclave, après affranchissement par son copropriétaire de la part d'esclave qui revient à ce dernier. Cela n'est pas licite. La question des matériaux ressemble à la question de la choufâ'.

L'étude du gzâ soulève d'autres questions ; mais la mesure de l'examen qui précède est déjà suffisante. Consultez le Commentaire, Livre de la Moughârasâ. Il contient d'autres solutions se rapportant à ces terres grevées de droits.

1. Abou'l-Hasan 'Alî b. 'Abdallah b. Ibrahim b. Mohammad b. 'Abdallah Al-Lakhmî, jurisconsulte mort en 478/1085. V. Brockelmann, *op. cit.* I, 383.

ANNEXE II

Extrait de l'Amal Al-Fâsi.

Chapitre du Jugement, du Serment et du Témoignage
(f° 16 p. 6 à 8, f° 17 p. 1 et 2).

TEXTE

« La jurisprudence doit être préférée à la doctrine dominante¹. On ne doit pas s'en écarter. ».

Commentaire de Sidjilmâsi.

L'auteur veut dire par là qu'une opinion isolée² consacrée par la jurisprudence des cadis, si cette jurisprudence est fixée dans ce sens³, doit être préférée à la doctrine dominante. Les cadis doivent la suivre; et le fait que la jurisprudence est contraire à la doctrine générale n'est pas une cause de nullité de leurs jugements. Ce vers [p. 7] forme, en quelque sorte, exception aux vers qui précèdent et qui énoncent que la motivation du jugement sur une opinion isolée est une cause de nullité.

Il est dit dans les *Nawâzil* du cadi 'Aîsâ⁴ : « il n'est pas permis de statuer contrairement à la jurisprudence ».

Dans ses *Nawâzil*, le cadi Mohammad Al-Majjâcî⁵, à la

1. المشهور.

2. قول شاذ.

3. استمر حكمهم به.

4. Cadi de Marrakech, x^e siècle hég. Auteur de fetwâ réputées.

5. V. *supra*, n° 25.

question posée : L'acte de location des habous est-il nul ou valable si le loyer a été augmenté ? a répondu : Le fait, par un cadi, de s'écarter de la jurisprudence de son pays est une cause de suspicion et de reproche ; car nous devons observer la même conduite que nos ancêtres, — qu'Allah soit satisfait d'eux ; mais on ne doit suivre que la jurisprudence bien établie. Partout ailleurs il faut s'en rapporter à la doctrine générale ». Ces derniers mots prouvent bien la prééminence de la jurisprudence sur la doctrine dominante, énoncée plus haut par 'Abd Ar-Rahmân ben 'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî.

Le chikh Miyârâ, ayant examiné le texte de la *Tohfd*, question des Serments obligatoires : « et l'on a dit, certes, que les serments et tout ce qui en dépend sont régis par la jurisprudence » s'exprime ainsi : « observe ces paroles, d'autant plus que le glossateur Ya'ïch Ach-Châwî¹ a écrit sur la doctrine dominante : « il n'y a pas d'incompatibilité entre la jurisprudence et la doctrine non dominante. La doctrine non dominante consacrée par la jurisprudence doit être préférée à la doctrine dominante. Pas d'hésitation sur ce point ».

Mouçthafâ a dit, Chapitre du Divorce de sa glose : « Que de cas où la jurisprudence est contraire à la doctrine générale ! »

Az-Zaqqâq², dans sa *Lamiyd*, abandonne la doctrine générale et suit l'opinion isolée lorsqu'il dit : « Étant donné qu'il est notoire que cette époque est une époque de méchanceté et de ruse, celui qui, malicieusement, cherche à obtenir la reconnaissance d'un droit doit être repoussé ». — En expliquant ce vers, Miyârâ a dit : « Les maîtres, même les plus

1. Ya'ïch Ach-Châwî Ar-Raghâï, glossateur du commentaire de Miyârâ sur la *Tohfd*. Maître d'At-Tawdt. Vivait au xii^e siècle de l'hég.

2. Aboû-l-Hasan 'Alî b. Qâsim b. Mohammad At-Toudjîbî Az-Zaqqâq, — on lit aussi At-Tadjîbî, du nom d'une tribu de l'Yémen (cf. Ahmad Bââ, *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 211), mort en 912/1506, élève d'Al-Mawwâq, étudia à Fez, devint professeur à Grenade (Brockelmann, *op. cit.* II, p. 264). Auteur d'un poème didactique en *lâm*, fort réputé, appelé dans les textes : la *Lamiyd* ou la *Zaqqâqiyd*.

illustres, suivent cette solution, c'est-à-dire, les opinions mentionnées par la *Lami'ya* comme isolées et contraires au rite; car il est bien connu que les gens ont peu de religion et mangent sans aucun droit le bien d'autrui. Doit donc être écarté celui qui veut arriver à une fin de ce genre. Il y a lieu d'user à son égard de procédés exactement contraires au mauvais but qu'il poursuit ». Le même auteur rapporte, d'autre part, que le fils d'Ibn 'Acîm, dans son commentaire de la *Tohfa* de son père, a dit que les « derniers maîtres » du rite, tels Ibn 'Attab, Ibn Rouchd, Ibn Sahl, Ibn Zarb, Ibn Al 'Arbî, Al-Lakhmî et leurs pareils, choisissaient et déclaraient légales certaines opinions et solutions dans lesquelles ils s'écartaient de la doctrine générale. La pratique des tribunaux et des fetwâ se conforma à ces préférences, en raison de ce qu'elles donnaient satisfaction aux intérêts généraux¹ et la coutume les suivit. Or les jugements se conforment à la coutume et à l'usage. Al-Qarâfî², Ibn Rouchd et d'autres auteurs l'ont dit ».

De tout ce qui précède il résulte [p. 8] qu'une opinion isolée ne peut être suivie par la jurisprudence, tant qu'elle n'a pas été déclarée préférable, « en raison des besoins généraux du moment, par quelqu'un qui a qualité pour exercer ce choix »³. Cette condition remplie, la solution jurisprudentielle conforme est la bonne; c'est, du moins, un motif de la préférer.

Le jurisconsulte Aboû Mohammad 'Abdallah Ben Ali Ben Stâri⁴, dans une réponse faite à cette question, professe, il

1. المصلحة.

2. Chihab Ad-Dîn Ahmad b. Idris Al-Qarâfî As-Sanhadjî. Mort en 1285 de l'ère chrétienne (Brockelmann, *op. cit.* I, 385).

3. من هو اهل الاختيار.

4. 'Abdallah ben 'Ali ben Mohammad b. Ibrahim Al-Ançârî, connu sous le nom d'Ibn Stâri, né à Séville, habita Ceuta; auteur de fetwâ; mort en 575 ou 576-647 hég. Ahmad Bâbâ Nil *Al-Ibtihadj*, p. 138.

est vrai, l'opinion contraire : « S'il (le demandeur) invoque la jurisprudence d'Andalousie ou de tout autre pays, ce n'est pas un argument décisif. S'il ne s'appuie pas, d'une manière absolue et sans restriction ni distinction, sur la jurisprudence de Médine, qui repose sur la Révélation et la Prophétie, comment peut-il, en effet, invoquer la jurisprudence de Cordoue comme un argument décisif ? »

Après avoir cité ce texte dans sa *Tabçirâ*, Ibn Farhoûn¹ répond longuement : « La démonstration que contient la réponse d'Ibn Stârf sur la jurisprudence n'est pas péremptoire² et sa comparaison avec la jurisprudence de Médine est sans valeur. La contradiction avec la jurisprudence de Médine pose la question de savoir si cette jurisprudence a, ou non, la valeur de l'*Idjmâ'*. Ce n'est pas la question dont il s'agit ici. Les « derniers maîtres » du rite s'accordent à déclarer que la solution jurisprudentielle est un argument décisif³, à moins que la coutume en honneur dans deux pays ne soit différente (auquel cas la solution jurisprudentielle n'est pas un argument décisif). Ainsi Ibn Rouchd dit : « La coutume, chez nous, est que les femmes de condition sortent ». Si les deux époux sont en contestation (à cet égard) on s'en rapporte au dire de la femme, suivant Ibn 'Abd As-Salâm⁴.

1. Ibrahim b. 'Alî b. Mohammad b. Abî-l-Qâsim b. Mohammad b. Farhoûn. Né à Médine, mort le 10 Hijjâ 799. Auteur du *Dibadj Al-Madhab*, biographie des jurisconsultes malékites, Fez lithog., 1316, 1 vol. 304 p. et Le Caire, 1329, 1 vol. 362 p. avec, en marge, supplément intitulé *Nûl Al-Ibtihâdj* d'Ahmad Bâbâ As-Soudânî At-Toumbouktî, mort à Tombouctou en 1036/1626. Auteur de la *Tabçirât Al-Houkâm*, qui servit à Ibn 'Âcim pour composer sa *Tohfâ*. La *Tabçirâ* a été éditée au Caire, 1301, 2 volumes. Cf. Brockelmann, *op. cit.* II, 175. V. Ahmad Bâbâ *Nûl Al-Ibtihâdj*, p. 30, la biographie d'Ibn Farhoûn.

2. غير شاف.

3. ما يرجع به.

4. Ibn 'Abd As-Salâm At-Touïnousî, cadi de Tunis, XIII^e siècle hég. Auteur d'un commentaire du 2^e Moukhtaçar d'Ibn Al-Hâdjib (*Moukhtaçar Al-Fiqh* ou *Al-Fourou'*). Le 1^{er} Moukhtaçar est le *Moukhtaçar Aclî*. L'auteur n'y traite que des ouçoul.

D'après les meilleurs auteurs, ce chapitre est une suite du chapitre de la coutume. Que de choses la coutume d'une époque ou d'un lieu déclare en usage chez les hommes, que la coutume d'un autre lieu et d'un autre temps attribue aux femmes! Que d'objets, dans un même lieu et à une même époque, les uns déclarent d'usage masculin et les autres d'usage féminin! Si l'on dit : « Telle est la jurisprudence, en telle matière », il ne faut pas généraliser cette solution aux autres pays. Quant aux solutions jurisprudentielles données comme reposant sur la coutume conforme aux intérêts généraux et à l'évolution sociale¹, c'est là une question d'ordre général; et la solution jurisprudentielle constitue ici un argument décisif, dont il n'est pas permis de ne pas tenir compte. La plupart des textes viennent à l'appui de cette démonstration et c'est la solution adoptée par le rite chaféïte ». Il y a lieu de retrancher du texte d'Ibn Farhoûn tout ce qui est étranger à la question qui nous intéresse. Ce qui atteste la vérité de sa doctrine c'est la mention que les « derniers maîtres » sont d'accord pour reconnaître à la jurisprudence la valeur d'un argument péremptoire, et ce qu'il dit des « solutions jurisprudentielles données comme reposant sur la coutume conforme aux intérêts généraux et à l'évolution sociale ». Ce qu'il a ajouté, à savoir que la jurisprudence particulière à certains pays ne doit pas être généralisée (à d'autres pays) est une application de ce principe connu que le jugement assis sur la coutume varie avec la coutume elle-même. Quant à la jurisprudence [f° 17 p. 1] qui repose sur l'intérêt général, son caractère de généralité est également évident et elle ne doit pas être appliquée simplement à un pays déterminé. Al-Yznâsni² d'après le commentaire de la *Tohfâ*,

1. المصلحة في حق العامة وتغيير العوائد.

2. Ibrahîm b. 'Abdallah b. Zaïd b. Abî-l-Khaïr Al-Yznâsni, jurisconsulte de Fez, auteur de nombreuses fetwâ rapportées au *Mi'yâd*. Vivait après 740 de

citant Ibn Loubb, rapporte que, dans la jurisprudence de Cordoue, on rescinde la vente pour cause de lésion s'il est établi que le lésé est un homme que l'on peut circonvenir¹ et ignorant des prix, et dit (Yznâsnî) : « cette jurisprudence est contraire à ce qu'a dit Khalil; que le juge prenne donc connaissance des recueils de jugements, car ils constituent la jurisprudence » ce qui signifie qu'en cette matière la jurisprudence de Cordoue doit être généralisée. Pourquoi, en effet, attirer l'attention du juge sur la mention, que font les recueils de jugements, de la jurisprudence de Cordoue, si ce n'est dans le dessein de faire appliquer cette jurisprudence ailleurs qu'à Cordoue ? » Allah est le plus savant.

REMARQUES.

I. — Dans le Chapitre des Jugements, l'auteur du *Mi'yâr* a rapporté l'opinion d'Ibn Farhoûn susénoncée, en y déférant. Par contre, le chîkh Moçthafâ remarque, Chapitre du Jugement, *in fine*, que les objections élevées par Ibn Farhoûn, sur ce point, viennent de ce qu'il a confondu la jurisprudence et la coutume. Ce dernier parle, en effet, au cours de sa démonstration, d'un témoignage établissant qu'un objet sert à l'usage des hommes, ou des femmes, ou à leur commun usage. Moçthafâ — et Tâtâï² partage cette opinion — ajoute : « d'où il résulte que, pour Ibn Farhoûn, la jurisprudence et la coutume ne font qu'un ». Le glossateur continue : « Il n'en est rien : lorsque les ouléma disent : « telle est ou a été la jurisprudence », cela signifie que cette solution a été

l'hég. V. Ahmad Bâbâ, *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 38. V. également 'Abd Ar-Rahmân b. Mohammad Al-Yznâsnî, Ahmad Bâbâ, *op. cit.*, p. 177.

1. من يخدع.

2. Mohammad b. Ibrahim At-Tâtâï, cadi des cadis d'Égypte. Mort après 940 hég. (Brockelmann, *op. cit.*, II, 84, 88, 316, indique l'année 943/1535). Auteur de deux commentaires du *Moukhlaçar* de Khalil et de commentaires sur le *Moukhlaçar* d'Ibn Al-Hâdjib, les *Mouqaddimât* d'Ibn-Rouchd, le *Châmil* de Bahrâm et la *Risâla* d'Ibn Abi Zaïd. V. Ahmad Bâbâ *Nil Al-Ibtihâdj*, p. 335-336,

posée par les Imâm et qu'elle a été ensuite consacrée. Lorsqu'ils disent : « telle est la coutume », cela signifie simplement : « telle est la manière de faire du commun des hommes », sans que cette conduite repose sur l'opinion doctrinale ou jurisprudentielle. Ainsi en est-il lorsqu'Ibn Rouchd dit : « la coutume chez nous est que..... » (le glossateur reproduit ici le passage plus haut cité d'Ibn Rouchd jusqu'à) : les uns déclarent d'usage masculin, les autres d'usage féminin Ce n'est pas là ce qu'entendent les ouléma quand ils disent, dans la matière qui nous occupe : « Telle est la jurisprudence ».

II. — Il a été dit plus haut qu'Al Majjâcî considère le fait, par un cadî, d'abandonner la jurisprudence de son pays et d'adopter une opinion isolée, comme un motif de suspicion et de reproche à son égard. C'est également l'avis d'Al-Mâzari¹, d'après lequel certains docteurs estiment qu'il est interdit au moudjtahid de s'écarter de la jurisprudence de son pays et de tirer une solution de son propre effort, de crainte qu'il ne soit injuste et partial. Al-Mâzari ajoute, en effet : « cette règle est d'ordre administratif² ; les principes du fiqh disposent au contraire que le moudjtahid doit s'en rapporter aux suggestions de son effort législatif³ ». Cette version est à la fois rapportée par Al-Hatthâb⁴ à la suite du texte de son ouvrage : « le cadî doit juger suivant les paroles de l'Imâm qu'il suit⁵ », et par le commentateur de la *Lâmiyyâ*, d'après le commentaire du fils d'Ibn 'Âcim sur la *Tohfâ*.

1. Muhammad b. 'Alî b. 'Omar At-Tawfîqî Al-Mâzari. Connu sous le nom d'*Al-Imâm*. Mort en 536 hég. *Dibâdj* d'Ibn Farhoûn, p. 279, cf. Amur, *Pierre de touche des Felwâ*, I, 10.

2. بمقتضى السياسة.

3. اجتهاد.

4. Commentateur de Khalîl. Né à La Mecque en 902, mort en 954 hég., édit. Le Caire, 1329 hég., 6 vol., glose d'Al-'Abîlari.

5. مقتد.

Al Majjâci ajoute : « Tout cela revient à dire explicitement que le cadi doit être tenu de suivre la jurisprudence de son pays et que le fait, par lui, d'y déroger le rend nécessairement suspect ». Si la considération d'ordre administratif oblige le moudjtahid à suivre la jurisprudence de son pays, à plus forte raison en est-il de même pour le mouqallid¹. Les principes du fiqh ne conduisent nullement à une solution contraire.

III. — Le texte plus haut [p. 2] cité d'Al Majjâci, suivant lequel le cadi ne doit suivre la jurisprudence qu'autant qu'elle est fixée, montre que la fixité est une condition nécessaire. C'est également ce que dit le commentateur de la *Lâmiyâ* qui, après le texte plus haut cité : «... le fait par lui d'y déroger le rend nécessairement suspect », continue : « mais il n'en est ainsi qu'au cas où il est certain que la jurisprudence s'est prononcée en ce sens plusieurs fois et émane d'ouléma auxquels on peut s'en rapporter. La preuve de ce fait est valablement établie par le témoignage d'adoul experts en la matière² et ayant des connaissances générales. Cette jurisprudence, même si elle est contraire aux règles du chra', même si elle constitue une opinion doctrinale isolée, doit être suivie, ainsi qu'il a été démontré en temps et lieu. La preuve de la jurisprudence ne s'établit pas, comme tu le vois faire de nos jours, par le témoignage d'un adel quelconque qui n'est pas informé du sens des expressions : « doctrine dominante », « opinion doctrinale isolée », et, à plus forte raison, ne sait ce qu'est la jurisprudence fixée en telle matière, et, si tu lui demandes quels sont les ouléma qui ont jugé ou consulté à ce sujet, hésite et balbutie. Un pareil témoignage ne peut prouver un fait ordinaire ; à plus forte raison un

1. المقتد يعني اجهل والعامى.

2. المستثبتين في المسائل.

jugement. Vois ce que nous avons déjà dit à ce sujet dans la préface du présent ouvrage ».

IV. — Au commencement du commentaire de ce vers nous avons dit que, d'après le *Mi'yâr*, Chapitre des Jugements le cadi (Ibn Farhoûn) se serait exprimé ainsi : « Le jurisconsulte 'Abd Allah ben 'Alî ben Stâri a dit, dans une réponse : «, il n'est pas permis de ne pas tenir compte (de la jurisprudence). La plupart des textes viennent à l'appui de cette démonstration et c'est la solution adoptée par le rite chaféite. » On s'est demandé si cette citation du *Mi'yâr* était bien une réponse de ce jurisconsulte et si on ne lui avait pas attribué les paroles d'un autre. Il n'en est rien. La réponse de cet auteur se termine bien là où la fin de la citation a été marquée et le texte suivant est bien d'Ibn Farhoûn à qui nous l'avons attribué précédemment. Tel est le sens de la phrase rapportée au *Mi'yâr*, après la réponse dudit jurisconsulte.

Bourhân Ad-Dîn¹ a dit : « ne vois-tu pas que le chîkh Moçthafâ, dans les objections exposées plus haut, attribue à Ibn Farhoûn, et non à l'auteur de la réponse, la confusion entre la coutume et la jurisprudence? Or, le texte visé comme contenant ladite confusion se trouve après la réponse et avant la citation d'Ibn Farhoûn. Rends-toi compte de cela. Le nom du jurisconsulte auteur de la réponse est Aboû Mohammad 'Abdallah, comme j'ai pu le voir dans deux copies du *Mi'yâr*, dans la *Tabçirâ* d'Ibn Farhoûn et le premier fascicule² d'Al-Bourzoulî. Voilà ce qui est le plus véridique, — et Dieu sait mieux que personne qui Ibn Farhoûn a désigné sous le nom d'Aboû 'Abdallah Mohammad. Sache-le bien! »

1. Borhân Ad-Dîn Ibrahim b. Ibrahim Al-Laqa'î, mort en 1041/1631, à son retour de La Mecque. Commentateur de Khalîl. Professeur à Al-Azhâr. V. Brockelmann, *op. cit.*, II, 316.

2. كراسى.

ANNEXE III

Fetwâ autographe d'Abd Al-Qâdir Al-Fâsî¹.

TRADUCTION.

Une question m'a été posée et des propos m'ont été tenus concernant, à la fois, les guelsâ, savoir : les guelsâ des boutiques et des moulins qui, dans la coutume, se vendent et font l'objet de contrats, — et la terre de gzâ. Voici la réponse :

Notre très savant et très docte maître Aboû Mohammad 'Abd Ar-Rahmân ben Mohammad — qu'Allah sanctifie son âme — affirmait, d'après son maître, le clairvoyant imâm Aboû 'Abdallah Al-Qaççâr, qui le tenait lui-même du professeur, du jurisconsulte, du mathématicien expert en matière de successions Sidi Choqroûn ben Hibâ At-Tilimsânî — or, celui-ci savait les principes du rite et toutes ses applications, connaissait par cœur le *Châmil* de Bahrâm² et a écrit un commentaire du poème didactique d'At-Tilimsânî sur les successions, et d'autres ouvrages — que la base des institutions dont il s'agit est la menfa'â acquise par contrat de location. Pas de différence sur ce point entre les boutiques et les terres et autres objets. Dans chaque cas il y a un contrat de bail, même si la durée et les délais ont été successivement

1. Original communiqué par M. Nehlil, Directeur de l'Ecole Supérieure de Rabat. Nous lui adressons l'expression de nos remerciements.

2. Tâdj Ad-Dîn Bahrâm b. 'Abdallah Ad-Damiri, mort en 805/1402. (Brockelmann, *op. cit.*, II, 84). Premier commentateur de Khalil, appelé, pour cette raison *Ach-Chârih*. Le fils d'Ibn 'Âcim et Miyârâ, premiers commentateurs de la *Tohfa* et de la *Zaqqaqiyâ*, portent le même surnom.

[illegible]

محمدا علی

renouvelés. La règle est que quiconque a acquis une menfa'â peut en jouir par lui-même ou se substituer une autre personne.

Al-Qarâfi dans ses *Distinctions* a dit, 30^e Distinction : « le bénéfice de l'intifâ' suppose que le bénéficiaire l'exercera en personne; le bénéfice de la menfa'â est plus étendu : le bénéficiaire l'exerce par lui-même ou en cède à autrui l'intifâ', à titre onéreux, — comme par location, ou à titre gratuit, — comme en prêt à usage ». En résumé : la menfa'â peut être valablement vendue, donnée, louée et transmise par succession, à la différence de l'intifâ', qui est spécial à une personne désignée et ne peut être cédé par elle à autrui.

Le principe que le bénéfice de la menfa'â est le support du contrat et le substratum de la licéité des contrats à titre onéreux et gratuit auxquels elle donne lieu, est admis sans contestation et il est inutile d'en faire la démonstration et la preuve. Depuis quelque temps l'entente s'est faite et les propriétaires d'immeubles, particulièrement les Habous, ont convenu de ne point expulser le locataire qui pourrait invoquer un contrat de ce genre, et ils ont établi l'usage que ce locataire ne soit remplacé que s'il ne s'y oppose pas, pratique motivée par le seul intérêt des parties; en conséquence, le locataire est chez eux à demeure. Le même usage est en vigueur en Égypte, ainsi que le montre le texte du *Tawdhîh*¹ Chapitre de la *Chouf'â* : « il convient de se mettre d'accord sur les règles observées chez nous, en Égypte : la chouf'â est valablement exercée sur la construction élevée *sur lui*, c'est-à-dire sur le habous, car il est d'usage, chez nous, que le propriétaire du terrain n'expulse pas le propriétaire de la construction. Celui-ci est comme propriétaire du terrain (construit). Notre maître — qu'Allah lui soit clément — l'a

1. Ouvrage en trois volumes de Khalîl. Commentaire du *Moukhtaṣar* d'Ibn Al-Hâdjib, jurisconsulte égyptien, 570-646 hég.

dit. » Par suite de cette interprétation, à savoir qu'il y a lieu de reconnaître le droit de séjour indéfini du preneur, on s'est empressé d'acheter et de céder ce droit. Comment en serait-il autrement, alors que tu vois l'auteur du *Tawdhîh* écrire : « celui-ci est comme propriétaire du terrain », c'est-à-dire, en raison de ce que son droit est reconnu.

Si le principe de l'institution est dans l'achat de la menfa'â, pour un temps déterminé, par le moyen d'une location, acquisition dont le caractère de légalité n'est pas discuté, il n'y a aucun mal à étendre cette interprétation — qui reconnaît le droit de séjour indéfini du preneur — au cas où ce droit n'a fait l'objet d'aucune stipulation formelle, n'est point visé par le contrat et n'est qu'implicite. Bien mieux ! Si cette interprétation est complètement étrangère au contrat — je veux dire : si le délai prévu est expiré — même alors il n'y a aucun inconvénient à étendre cette interprétation. La cession contre versement est licite, pour la raison précédemment donnée que les propriétaires d'immeubles ont convenu de ne pas expulser ceux qui, pouvant invoquer un contrat, ont plus de droit que tout autre. Toutefois, si les propriétaires veulent augmenter le prix du loyer, les locataires doivent consentir ou se démettre de leurs prétentions et ne peuvent contracter avec d'autres qu'ils n'aient fait cette renonciation. Ce droit de préférence général résultant de l'antériorité et de la maîtrise de la chose sont le but poursuivi au moment du contrat. Le propriétaire donnera aux locataires une somme d'argent pour obtenir mainlevée et le nouveau preneur sera immédiatement substitué au propriétaire, conformément aux usages acceptés. Si le premier locataire ne donne pas mainlevée, le deuxième ne peut l'obtenir d'aucune manière.

Étant donné ce but, les clauses contraires de l'acte ne sont pas un obstacle. Comme l'a dit Aboû-l-Qâsim At-Tâzaghdarî, on ne doit pas, dans les actes, tenir compte des termes con-

في السبق ووضع التوقيع الموضوعة، حينئذ يبرز الزمان جلياً
 ليس هو الذي يقع ونزاعهم عن ذلك ويتوارى من ارض حينئذ العفو من اجل ذلك
 لا هو من اجل ذلك ولا هو مع البيرز اول ما هو من اجل ذلك بل هو الذي لا يشبهه الا اذا كان
 وضع البيرز هو المقصود في تصوير ما يكتبه الموقوف من خالته، ذلك اذا لا يعتبر اللحن في
 العفو واذا كان محالاً المقصود كما قاله ابو القاسم الثاني عشر كما انه ايضا لا غنى
 عما يكتبه الموقوف ايضا في التعبير عن الجلسه بله صامعا، وزال الحاشية التي تحمل على كذا
 وكذا اذا كان شيء، اخر من فعل هذا المعنى لا ملازمه بينهما بل هو كمال ذلك
 الماعون مع هذا الما يبع بذاك التروا ما يفار وانما الجاهل الذي ضيق العيون عن
 عيون الجاهل فان قلت ايرد اليك اقلت ونعم، قلت هو موجود في نفسه
 الزاوية وله نكاحه غير سهل الفاضل به البيرز من نفس يحمل جزء، معروض منه فيه
 اشراك علة تدعى احد مع انه هو هذا الجزء من الجهر على الاستماع وانما على ذلك
 شاكس من بريا المجرى والعرفا ماضى ولم يجوز له والمعروض موضع والفقير به، اخر
 واستكشف المرء عليه بغير يقين ان تلك القيمة انما كانت حرة، وانما كان بها
 والهيئة قبل الاجازة قل هذه الهيئة جارية او يخلها الرسم (اخرها جارية
 اربعة اوروهية منه من الجهر ولا يبرهن زيارا اخرى حوالها من العشر عليه فهو جاري
 اذ ليس يبيع وانما ترك له عما اقرضه من هو اوزن من الذهب في ذاك الموضع
 لتخرج حرة منه انتهى في قوله البيرز في كذا النسخة في ما شئت فقل اذ ليس يبيع
 تجرد من افعال المسئلة المتكلم فيها ودليلا على جوازها وان المعنى في المسئلة
 ما ذكره وما هو حاطر انا ما يكتبه الموقوف في عفو دلم اذ ان شيء، حرة
 عليه عا دت في مصلحهم من غير التقات الى الفصود وتسيب ذلك عن تحرير
 المسئلة على الوجه المذكور ثم قال البيرز في بعض مسائل كلام ابرشيد السابغ هذا
 ونحوه يدل على ما يفعل اليوم في البلاد المشرفية وبيع وكيفية في حياهم او نحو من
 مرتبات ارا حنا، بانه يرفع يد عنه خاصة وقد كان يحضى لها عن اشياء فان
 هذا لا يجوز لو جهير احد ما انه اعلى الا ان تعلق لا المنفعة فلا يجوز له فيها بيع
 واهتموا اعارته والرجح الثاني على جواز تسليمه به فهو محمول البيرز بقاوا
 به واقرضوا يستحق وتخرج الجاهل في كتاب الجهاد وانه ليس بمواصلة حرة
 من غير كد ايرك من اهل حياهم وديوانه وقد وقعت له مسئلة بالبرار المانية
 ذكرت فيها ان الجاهل في حياهم المراسم والنوايا لا يجوز لهم بيع ولا هبة واعارته
 في ابتغرت لست في بعض المراسم بل في اعادة ما عارده رجل في مائة مرسلة
 فيكون وانما ما في المراسم واعارته، اخر اهتد في المرسلة المستصحب
 في اقرض المراسم فان الفاضل في ذلك المرسلة ما خروا على ذلك

traies à l'intention des parties. On ne doit pas davantage tenir compte, en matière de guelsâ; des expressions « matériel de boutique consistant en ceci, en cela » employées par le rédacteur de l'acte. Elles sont contraires à la signification de l'acte et sans connexité nécessaire avec elle. Mais il y a mieux : ces ustensiles, pris isolément, n'auraient été vendus ni pour le prix qu'ils atteignent, ni pour un prix voisin. Les rédacteurs de l'acte n'ont été entraînés à employer ces formules que par la faiblesse de leurs connaissances et leur manque de discernement.

Si tu me demandes la preuve de ce que j'avance et quels sont les précédents, je réponds : l'hypothèse est prévue dans les textes et il existe des cas semblables.

Le cadi Aboû-l-Wâlid Ibn Rouchd a été interrogé sur le cas d'individus associés pour une part de mine. L'un d'eux prétend qu'il a donné cette part indivise et produit deux témoins qui n'ont point vu la mine, ne la connaissant pas, et ne l'ont point délimitée. La mine est située en un endroit ; les témoins sont d'une autre localité. Les deux défenseurs produisent un acte montrant que la donation est fictive, qu'il n'y a là qu'une vente, et que la donation est un artifice employé pour rester dans la légalité. Cette donation est-elle valable ou, au contraire, l'autre titre l'annule-t-il ?

Il a répondu :

Si cet associé a vendu ou donné sa part de la mine alors qu'elle ne produisait rien, mais qu'il y ait lieu, pour l'acquéreur, d'espérer un rendement pour l'avenir, cet acte est licite, étant donné qu'il ne constitue pas à proprement parler une vente. Le premier associé ne laisse au second, en échange de ce qu'il reçoit, que son droit de recherche à raison de la priorité de ses travaux d'excavation ».

Al-Bourzouli et At-Tatâi ont cité ce texte. Considère ce que dit l'auteur : Il n'y a pas la vente..... Cela se rapporte à

notre question et montre que l'acte est licite et qu'il y a lieu d'en retenir ce qu'a dit l'auteur. Il résulte de ce qui précède que ce qu'écrivent les rédacteurs dans leurs actes, et qui est devenu pour eux une pratique habituelle, est contraire à l'intention des parties. La raison en est dans ce fait que la rédaction n'est pas conforme au but indiqué.

Al-Bourzouli continue : Ce qui vient d'être proposé, et tout ce qui y ressemble, donne l'indication de ce qui se passe aujourd'hui dans les pays d'Orient pour la vente d'une charge dans les Habous ou de fonctions analogues, notamment les offices dans l'armée, moyennant engagement de donner mainlevée. D'après nos maîtres, une telle chose n'est pas licite pour deux raisons : 1^o parce que le premier bénéficiaire n'a qu'un intifâ' qu'il ne peut ni vendre, ni donner, ni prêter à usage ; 2^o en admettant même la licéité de cet acte, on ignore la durée du temps pendant lequel il demeurera en possession et le montant des droits auxquels il pourra prétendre. Les règles des pensions ont été précédemment exposées, livre de la Guerre Sainte. Il y a été dit qu'il n'y a pas là une véritable opération à titre onéreux et que le titulaire doit être au nombre des bénéficiaires des Habous et inscrits sur leurs livres. Or, une question m'a été posée à Diâr-Miçriyâ. J'y ai répondu que les bénéficiaires de habous, — médersa et zaouïa — ne pouvaient ni vendre, ni donner, ni prêter à usage leurs droits. Plus tard, me trouvant en voyage, j'eus besoin de loger dans certaines médersa. Quelqu'un me prêta à usage une chambre dans la médersa de¹ alors que je me rendais en pèlerinage. Un autre me prêta une autre chambre dans la médersa Moustanciriyâ, à An-Nhârin, dans le voisinage de Maristân, au Caire, pendant mon voyage de retour. Ils me prirent à partie en raison de ce que j'avais rendu une fetwâ déclarant la chose prohibée, puis l'avais

1. Lacune du texte.

[illegible]

faite. Je répondis que j'appartenais à la catégorie des bénéficiaires de habous, mais'

Dans les nawâzil du *Mi'yâr*, il est dit qu'Abd Ar-Rahmân Ibn Maqlâch fut questionné au sujet de la location d'une saline, stipulée pour une durée déterminée. Est-elle ou non valable? Le sel enlevé, la saline reprend son état dans un délai de huit jours à peine, surtout à l'époque des chaleurs. Dans quel acte peut-on trouver plus d'incertitude?

Il a répondu :

La location d'une saline n'est pas une vente, comme tu pourrais le croire. On loue une mine de sel pour procéder à l'extraction de cette substance pendant un certain temps. C'est nécessaire. La mine est un bien réservé à l'intérêt général. Lorsque le Sultan, — ou celui qui le remplace, — concède à quelqu'un une saline, il ne lui en donne que la jouissance, comme on fait pour les mines. Il n'y a là aucun aléa.

Abou-l-'Abbâs (Al-Wancharisî) a dit : « Considère la question de la pêche de l'aloise. Le locataire de la terre loue pour obtenir la levée de l'interdiction, la pêche étant réservée au propriétaire ». Même signification pour la vente des prairies d'Al-Qaççârin sur les deux rives de l'Oued Fès. Elle n'a pour objet qu'un intifâ', non une menfa'â. Si elle fait l'objet d'une vente ou d'un contrat quelconque, il n'y s'agit, en réalité, que de la main-levée d'un droit d'antériorité. Il n'y a là ni propriété, ni domaine éminent, ni menfa'â, mais seulement un intifâ'; et l'on doit donner la préférence à l'ancienneté. Les annexer à un temple et les comprendre parmi les fondations, c'est commettre une iniquité. Car le temple n'a la propriété que des choses habousées à son profit par les propriétaires. Or, ici, il n'y a pas de propriétaire.

Allah, — qu'il soit exalté, — est le plus savant.

'Abd Al-'Qâfir ben Yoûsof Al-Fâsî.

ANNEXE IV

Procès-verbaux de la Commission d'étude des droits de gzâ, guelsâ, clé, etc.

La préoccupation de S. M. Chérifienne s'est portée sur les réformes intéressant les Musulmans et touchant aux préceptes de la religion. Cette question s'est alors posée : il s'agissait d'améliorer les revenus des Habous, tout en ménageant les intérêts particuliers.

A cet effet, la clairvoyance parfaite de notre Maître Illustre, dont les vues sont justes et droites, a décrété par Ordre Chérifien au Directeur de l'Administration Générale des Habous, le fakih très élevé, Si Ahmed El-Djaï, qu'un medjlès à la fois juridique et administratif serait constitué pour préciser la théorie des droits de gzâ, guelsâ, zina, de clé, d'istighrak et de menfa'â, au point de vue légal et coutumier, indiquer les règles qui s'y rattachent et déterminer la redevance due aux Habous, propriétaire du fonds.

S. M. — Dieu l'élève — a désigné pour faire partie de cette Commission, concurremment avec le Directeur des Habous précité, les membres suivants :

Le Grand Vizir, le fakih Si Mahammed Guebbas,

Le Ministre de la justice, le fakih Si Bouchaïd Doukkali,

Le Ministre des Finances, le fakih Si Abderrahmane Bennis,

Le deuxième Secrétaire de la Justice, le fakih Si Larbi Naciri,

Le Secrétaire de la Beniqa des Habous, Si Larbi Djerrari,
Les deux Ouléma de Fez, Si Mohammed Mani Senhadji,
et Si Abdelaziz Bennani,

Les deux Ouléma de Rabat, Si Ahmed Bennani et Si
Mohammed Rounda,

Les deux Ouléma de Salé, Si Ahmed Aouad, et Si Allal
Taghraoui,

MM. Caldéraro et Chérif Omar, délégués du Secrétariat
Général du Gouvernement Chérifien.

PREMIÈRE SÉANCE.

Conformément aux ordres souverains, la Commission s'est réunie dans l'habitation de Si Ahmed El-Djaï, — Dieu le garde —, et la première séance a été ouverte le mardi 24 Moharrem 1332 (23 décembre 1913) à deux heures et demie de l'après-midi.

Tous les membres étant présents, le Ministre de la Justice — Dieu le garde — a exposé que le but de la réunion était dicté par le désir de S. M. — Dieu l'élève —, de s'occuper des Habous et d'en améliorer le rendement afin de pourvoir à l'entretien des mosquées et au paiement du clergé et d'assurer les traitement convenables aux Ouléma, aux Professeurs et à tous les employés du culte.

« C'est dans cet ordre d'idées, a-t-il ajouté, que le Sultan, — Dieu le fortifie —, avait créé la Direction spéciale des Habous chargée de poursuivre toutes les améliorations générales. »

Le Vizir a prié ensuite les Ouléma, membres de la Commission, de consigner séparément leurs observations personnelles, au point de vue légal, de donner la définition du gzâ et des autres droits susrelatés, afin de les étudier, au cours de la deuxième réunion, pour en préciser la théorie et en déterminer les règles.

DEUXIÈME SÉANCE.

La deuxième séance a été tenue dans le même local, le jeudi 27 Moharrem suivant (26 décembre 1913) à trois heures de l'après-midi.

En présence de tous les membres réunis, chacun des Ouléma a remis sa notice sur les sujets traités : gzâ, etc., à l'exception du fakih Si Ahmed Bennani Rebat, qui s'est excusé, n'ayant pu terminer son travail.

Lecture des notices a été donnée et un échange de vues a eu lieu entre tous les membres. Le résultat des travaux des Ouléma peut se résumer ainsi :

Gzâ ou istidjar.

Le Gzâ, appelé communément istidjar, est la location d'un terrain pour y élever des constructions ou effectuer des plantations. La durée peut être déterminée, 20 ans par exemple, ou indéterminée, au mois ou à l'année.

L'origine de ce contrat est la suivante :

Lorsque les Habous et le Makhzèn possèdent un terrain vague, inondé par les eaux, ou peuplé de jujubiers, etc., ne rapportant aucun profit, le Nadir qui ne peut en tirer parti le donne en location à celui qui peut l'utiliser et le mettre en valeur, pour la durée précitée.

Guelsâ.

La guelsâ est l'usufruit possédé par un contrat de location à perpétuité. Elle s'applique à une fabrique ou atelier et à une boutique.

Ces sortes de contrats prennent généralement naissance lorsque le pays est à peine peuplé ou en partie ruiné. Le Nadir, incapable de remettre les immeubles en état, les loue à ceux qui peuvent en tirer parti et viennent s'y installer

avec leur matériel moyennant une mensualité due à perpétuité, les locaux fussent-ils évacués ou occupés.

Zina.

La zina consiste à garnir le local de matériel meublant, vitrines ou accessoires analogues utiles. Elle forme une branche de la guelsâ, et voici comment elle s'explique : « Un détenteur de guelsâ, qui ne trouve pas dans son local les accessoires meublants nécessaires, en fait la dépense, et cette zina (amélioration) devient sa propriété »¹.

Droit de clé.

La clé sert communément à désigner la transmission de la guelsâ, qui s'effectue par la remise de la clé au cessionnaire et la renonciation à son profit.

Le droit de clé est appelé parfois Orf, Ghibta, Halaoua, dont les noms sont connus.

Istighrak.

L'istighrak est une location consentie par les Habous pour des immeubles délabrés. Le preneur les remet en état et en use moyennant une faible redevance. La durée du contrat est très longue (cent ans environ) et des actes doivent établir les faits.

Espèce : Lorsqu'un immeuble habous est délabré ou menace ruine, un amateur propose de le réparer. Dès la remise en état, les dépenses occasionnées sont estimées à dire d'experts et le montant doit être amorti par une partie de la valeur locative évaluée avant la réfection de l'immeuble. L'autre partie de ce loyer revient au propriétaire du fonds (les

1. Cette déduction s'applique aux Habous. En matière de biens Makhzen la zina équivalait au gzâ des Habous. L'occupant édifie de ses deniers une maison ou construction sur un terrain domanial mis à sa disposition pour une durée illimitée, moyennant une certaine redevance.

Habous) et le local reste entre les mains du détenteur, qui, souvent, effectue de nouvelles réparations dans l'intervalle du premier contrat, de sorte que les Habous, ne pouvant se libérer, arrivent rarement à récupérer leur bien.

Menfa'd et intifâ.

La menfa'â englobe tous les droits ci-dessus. En d'autres termes, la menfa'â est l'usufruit du gzâ, etc., et le bénéficiaire dispose de cette menfa'â ou usufruit et peut la céder à un tiers par donation, vente, prêt gracieux, etc.

L'intifâ, au contraire, restreint la jouissance de l'immeuble au bénéficiaire seulement, car elle n'a été consentie qu'à son profit. Ce droit est incessible.

Etablissement de ces droits divers

Les différents droits énumérés ci-dessus s'établissent au profit des détenteurs ou de ceux qui les revendiquent ainsi qu'il suit :

Le « Gza », par un contrat dans les formes indiquées à ce paragraphe, par voie d'acquisition d'un détenteur régulier, par héritage ou d'autres transmissions analogues; enfin par un acte légal établi dans les formes voulues.

La « Guelsa » de trois manières :

1° Par contrat avec le Nadir, comme il a été expliqué à ce paragraphe.

2° Par achat des détenteurs réguliers.

3° Par acte valable établissant que la coutume reconnaît les droits légaux de l'intéressé, savoir : « l'usage constant que le Nadir ne renvoyait pas les locataires et que ceux-ci entretenaient les locaux ou les occupaient; le fait que le Nadir aurait été prévenu par eux; le paiement, par les détenteurs, du loyer du cours ou à peu près, sans distinguer si les locaux

étaient vides ou occupés, tous ces errements étant conformes à la coutume établie au souk ».

La « zina », par la preuve que le détenteur de la guelsa a achalandé son local. Cette preuve peut résulter d'un acte de témoignage ou d'errements suivis en tenant lieu. Elle s'établit encore par voie d'acquisition de celui en faveur duquel ce droit est né ou de l'acquéreur légal de ce droit.

La « clé » par achat ou autre transfert légal analogue consenti par le détenteur de la guelsa ou le cessionnaire.

Même chose pour les termes généraux similaires : clé, orf, ghibta, halawa.

L'« istighrak », par contrat dont la forme a été déjà donnée à l'alinéa qui traite de ce droit, ou par une mutation légale en faveur de l'occupant.

Là « menfaâ », par tous les moyens énumérés aux différents droits susvisés que ce terme englobe.

L'« intifâ » ne peut être acquis, vendu, ni faire l'objet d'aucun transfert.

TROISIÈME ET QUATRIÈME SÉANCES

La troisième séance a été ouverte le samedi 5 Safar de la même année (3 Janvier 1914), à deux heures et demie du soir.

Les débats ont porté exclusivement sur le caractère licite ou prohibé de ces droits et la fixation de la redevance due.

Tous les Ouléma membres de la Commission ont admis à l'unanimité :

« Que tous ces droits, sauf l'istighrak, sont licites si l'utilité « était évidente lors de l'établissement des contrats.

« Que le détenteur régulier ne peut être évincé et qu'il est « propriétaire de l'usufruit à perpétuité, pour en disposer de « quelque manière que ce soit.

« Que ces droits sont cessibles, au même titre que tous les autres droits de propriété ».

En ce qui concerne l'« istighrak », le fakih Si Abdelaziz Bennani et les deux Ouléma de Salé le déclarent illicite à cause de sa grande imprécision et parce qu'il favorise le détournement des biens habous.

D'autre part, le fakih Si Mohammed Senhadji le prétend licite. Il présente l'istighrak sous forme de contrat à durée déterminée, avec un amortissement des dépenses engagées entre parties sur un chiffre de mois ou d'années.

Le fakih Si Mohammed Rounda émet un avis semblable, sans parler des contrats à durée déterminée.

Quant à la location due aux Habous pour le fonds, elle a été envisagée sous ses quatre aspects :

Durée limitée avec terme fixé :

- 1° La durée limitée est expirée,
- 2° La durée limitée est non expirée.

Durée illimitée :

- 3° Précisée à perpétuité,
- 4° Les termes de l'acte sont généraux.

1° *Durée limitée expirée.* Les Ouléma estiment d'un commun accord que le Nadir peut exiger une augmentation pour l'un quelconque des droits énumérés : les deux parties s'entendront amiablement ou, dans le cas contraire, une redevance moyenne leur sera imposée, à dire d'experts.

2° *Durée limitée non expirée.* L'avis unanime est que le Nadir ne peut réclamer aucune augmentation avant l'échéance du contrat.

3° et 4° *Durée illimitée, précisée à perpétuité ou en termes généraux.* La règle est unique, disent les Ouléma. On considère que la durée est expirée et que le détenteur est contraint de renouveler le contrat moyennant le loyer du « cours ».

Cependant le fakih Senhadji prétend que la redevance est

immuable dans le 3^{me} cas (durée illimitée précisée à perpétuité) et penche vers une solution amiable pour le 4^{me} cas, (durée illimitée en termes généraux), soit la moitié du loyer « du cours ». Il invoque les fetouas contradictoires des Ouléma à ce sujet, ainsi qu'il a pu en juger.

Le fakih Si Mohammed Rounda ajoute, parlant de ces deux derniers cas (3^{me} et 4^{me}), qu'il y a lieu de considérer, relativement à la redevance locative, le fonds et l'usufruit, qui devront être évalués séparément. Le loyer sera réparti dans les mêmes proportions antérieures, entre le propriétaire du fonds et l'usufruitier.

Telles sont les règles fixées en matière de redevance locative, au cours de la troisième séance et aussi de la quatrième qui a suivi et qui a eu lieu le mardi 8 Sâfar de la dite année (5 Janvier 1914), à deux heures et demie de l'après midi.

Lors de ces deux dernières réunions, la question suivante a été posée :

« Le Nadir a-t-il actuellement le droit de rechercher si les « contrats antérieurement conclus avec les précédents Nadirs « sont avantageux ou frustratoires pour les Habous » ?

La réponse a été affirmative. Il peut les discuter par toutes les voies légales.

Fin des séances de la Commission.

RÉSUMÉ DE CETTE ÉTUDE

Nous retiendrons de ce qui précède :

Que le loyer « du cours » est dû pour les deux premiers cas ; tous les Ouléma sont d'accord sur ce point.

Même règle pour les 3^{me} et 4^{me} cas, à l'exception du fakih Senhadji, qui préconise le *statu quo* pour le 3^{me} cas, et la

répartition amiable du loyer, par moitié environ, dans le 4^{me} cas.

Le fakih Rounda propose, de son côté, l'évaluation du tout et la répartition dans les proportions antérieures, pour ce qui est des deux derniers cas.

Tout les avis sont unanimes pour les définitions de ces droits, et les moyens légaux de les posséder ; la pérennité en a été reconnue.

Les résultats de ces quatre séances ont été ainsi arrêtés, les Ouléma s'étant appuyés sur des arguments de droit, des fetouas et des textes juridiques, lus ou écrits.

Dieu, par sa grâce, nous dirige sagement !

Certifié conforme :

Signé : CALDERARO.

.

ANNEXE V

LÉGISLATION DU PROTECTORAT

Dahir⁽¹⁾ du 26 juin 1913 — 21 Redjeb 1331.

Il a été porté à notre connaissance que les Commissions chargées du recensement des biens habous et de l'estimation de leur valeur locative ont constaté, au cours de leurs opérations, que quelques détenteurs d'immeubles habous revendiquent des droits dits de clé, de guelsa ou de zina, ce qui porterait préjudice à l'intérêt des Habous.

La Direction Générale des Habous Nous a demandé de prendre des mesures à l'effet de faire disparaître ce préjudice et bonne note a été prise de cette demande.

Après avoir examiné la question, Nous avons constaté qu'il y avait, en effet, un préjudice réel causé aux Habous, auquel il serait temps de mettre fin le plus tôt possible, en commençant par supprimer la transmission de ces droits de clé et autres.

En conséquence, Nous vous ordonnons d'écrire, en notre nom, à tous les Cadis, pour les inviter à mettre les adel en demeure de ne dresser aucun acte de vente relatif à un droit de clé, de guelsâ et de zinâ sur une boutique ou tel autre immeuble sans leur en avoir préalablement demandé l'autorisation. Les Cadis adresseront alors aux Nadirs une note

1. Non publié au *Bulletin Officiel du Protectorat*.

dans laquelle ils leur désigneront l'immeuble à vendre, les noms de l'acquéreur et du vendeur et le prix de la vente.

De leur côté les Nadirs procèderont à une enquête complète dans le but de savoir l'origine de ces droits et le titre auquel ils ont été acquis; s'il s'agit d'un acte notarié, en vérifier l'authenticité; si ce droit provient d'un héritage, savoir de qui il a été hérité et par quelle voie le dernier détenteur défunt l'avait reçu; s'il s'agit d'un sous-seing priyé, en vérifier l'authenticité et reconnaître, enfin, si le détenteur a simplement usurpé ce droit.

Les Nadirs vous soumettront les résultats de leur enquête en vous renseignant sur la situation légale des contractants, afin que la Direction puisse, après examen, faire connaître aux Cadis ce qu'elle aura décidé.

Nous vous ordonnons, en outre, d'inviter les Nadirs à se conformer aux précédentes instructions et à éviter de les enfreindre.

Vous insisterez auprès des Cadis pour qu'ils avertissent les adoul placés sous leurs ordres qu'une punition leur sera infligée en cas de manquement.

*Circulaire de la Direction Générale des Habous aux
Nadirs (11 Aout 1913 — 8 Ramadhân 1331).*

(Après les salutations d'usage).

Il a été porté à la connaissance de Sa Majesté Chérifienne que quelques détenteurs d'immeubles habous revendiquent des droits dits de clé, de guelsa, de zina et de menfaâ.

Le Sultan a constaté qu'il y avait, dans l'espèce, un préjudice réel causé aux Habous et auquel il serait temps de mettre fin.

En conséquence, il a ordonné d'adresser aux Cadis et Nadirs les instructions nécessaires. Conformément à ses ordres, j'ai écrit aux Cadis pour les inviter à mettre les adoul en demeure de ne dresser aucun acte de vente relatif à un droit de clé, de guelsa, de zina ou de menfaâ sur une boutique ou tel autre immeuble habous, sans en avoir préalablement demandé l'autorisation aux Cadis.

Ceux-ci adresseront alors aux Nadirs une note dans laquelle ils leur désigneront le droit à vendre, les noms du vendeur et de l'acquéreur et le prix de la vente.

De leur côté, les Nadirs procéderont à une enquête complète dans le but de savoir l'origine de ces droits et le titre auquel ils ont été acquis ; s'il s'agit d'un acte notarié, en vérifier l'authenticité ; si ce droit provient d'un héritage, savoir de qui il a été hérité et à quel titre le dernier détenteur défunt l'avait reçu ; s'il s'agit d'un sous-seing privé, en vérifier l'authenticité et reconnaître, enfin, si le détenteur a simplement usurpé ce droit.

Les Nadirs me soumettront les résultats de leur enquête, en

me renseignant sur la qualité des contractants (indigènes de droit commun ou non), afin que la Direction puisse statuer conformément aux intérêts des Habous sans léser ceux des particuliers.

Je vous prie de vous conformer aux précédentes instructions et de déployer tous vos efforts afin de veiller à la défense des Habous.

Vous aurez soin de faire un enquête détaillée sur toute demande qui vous sera transmise par le Cadi et d'en adresser les résultats à la Direction des Habous avec copie des pièces produites par le requérant, afin que je puisse rapidement vous faire connaître, ainsi qu'au Cadi, si la Direction autorise la mutation ou non.

Signé : AHMED-EL-DJAÏ.

*Dahir⁽¹⁾ du 13 Août 1913 — 10 Ramadhân 1331, relatif
à la suppression des concessions (tenfidâ) des im-
meubles habous.*

A notre serviteur intègre Ahmed El-Djaï, Directeur général
des Habous.

Comme suite à nos ordres antérieurement donnés au sujet
de la mise en vigueur de la perception des loyers proposés
par la commission de recensement, nous vous ordonnons
d'inviter tous les Nadirs à percevoir le loyer actuel sans
tenir aucun compte des anciens dahirs concédant des im-
meubles habous sans loyer ou contre un loyer inférieur à
celui proposé par la Commission.

En effet, nous désirons que la perception des loyers soit
effectuée d'une façon générale, aussi bien pour les im-
meubles concédés que pour les autres.

A l'expiration des trois mois, délai d'option, les Nadirs
consentiront à ceux qui accepteront de payer le loyer actuel
la location de l'immeuble qui leur est concédé, pour la durée
que la Direction Générale des Habous aura fixée pour les
immeubles non concédés.

Quant à ceux qui refuseront de payer le loyer actuel, ils
seront obligés d'évacuer l'immeuble.

1. Non publié au *Bulletin Officiel du Protectorat*.

*Dahir¹ portant réglementation des droits de Gza,
Istidjar, Guelsa, Clé, Zina.*

Louange à Dieu seul !

(Grand Sceau de Moulay Youssef).

Que l'on sache par les présentes — puisse Dieu très Haut en illustrer la teneur ! —

Qu'après avoir constaté l'abandon et l'incurie dans lesquels étaient tombés les Habous Publics de notre Empire fortuné, au cours de ces dernières années, et plus spécialement en ce qui concerne les Gza, Istidjar, Guelsa, Zina et droits analogues connus sous les dénominations de Clé, Ghibta, Orf, Haloua, ou autres, Nous avons prescrit de soumettre la question à une commission d'Ouléma chargée de la préciser pour en tirer toutes conclusions nécessaires, tant au point de vue juridique qu'au point de vue coutumier, afin de sauvegarder les droits des Habous, tout en ménageant les intérêts des particuliers détenteurs de ces droits.

Il résulte de la réunion de cette Commission et de ses délibérations avec les Ministres de notre Empire fortuné que, selon toute évidence, le bon droit et l'équité commandaient de servir aux Habous une plus forte redevance car, fait indiscutable et indéniable, leurs intérêts étaient lésés.

D'autre part, la transmission de ces droits par leurs détenteurs était admise, conformément à la coutume établie dans notre Empire fortuné.

1. Publié au *Bulletin Officiel*, n° 74, du 27 mars 1914.

Mais, en présence du nombre toujours croissant des mutations dont ces droits réels de jouissance sur des biens habous faisaient l'objet, car les acquéreurs empressés ne s'étaient point préoccupés des vices de lésion et de l'incertitude de ces droits, non plus que des obligations qui allaient leur incomber, Nous avons estimé qu'il y avait lieu, tant dans un but d'intérêt évident que par bienveillance et par sollicitude envers nos sujets, de prendre une décision qui, sans porter préjudice aux particuliers, ferait disparaître le dommage subi par les Habous dans ce qu'il avait d'excessif; et Nous avons édicté le présent Dahir Chérifien pour la mise en vigueur des dispositions ci-après :

ART. 1^{er}. — Les droits de Gza et autres énumérés ci-dessus sont maintenus et confirmés, tels qu'ils existaient précédemment, au profit de ceux qui les détiennent régulièrement.

ART. 2. — Ces détenteurs ont la faculté de disposer de leurs droits par vente ou autre contrat analogue, conformément aux dispositions contenues dans le présent Dahir.

ART. 3. — Le loyer réel des immeubles ainsi grevés sera réparti dans les proportions suivantes : 70 0/0 reviendront au détenteur, et les 30 0/0 de complément aux Habous, en suivant la progression exposée à l'art. 5 ci-après.

ART. 4. — En raison de la situation actuelle et dans l'intérêt général, par suite de l'élévation du prix des denrées, les détenteurs sont exonérés de toute augmentation de la redevance annuelle due aux Habous durant deux années à courir du 1^{er} Rebia II de l'année courante (27 Février 1914).

ART. 5. — L'élévation progressive de la redevance due aux Habous sur le loyer réel aura lieu de la manière suivante :

Les détenteurs de Gza et autres droits compris dans l'énu-

mération qui précède paieront à l'expiration des deux années :

15 0/0 du 1^{er} Rebia II 1334 (6 février 1916) jusqu'à l'expiration de la 6^{me} année;

20 0/0 à l'expiration de cette période et durant les 6 années suivantes;

25 0/0 durant la 3^{me} période de 6 ans;

Enfin 30 0/0 à dater de la fin de cette dernière période, soit dans 20 ans. Cette fraction représente la quotité revenant aux Habous et spécifiée à l'article 3.

ART. 6. — La redevance due aux Habous, et dont la quotité vient d'être déterminée, ne pourra être ni augmentée ni diminuée. Cette disposition est perpétuelle et ces 30 0/0 représenteront la quote-part revenant aux Habous sur le loyer réel.

ART. 7. — Tout détenteur, payant plus de 15, 20, 25, ou 30 0/0 dans chacune des périodes correspondantes, continuera à servir sa redevance antérieure. Toutefois cette redevance sera portée au taux prévu par le règlement, dès qu'elle aura été dépassée par ce taux.

ART. 8¹. — L'évaluation du loyer, durant toutes ces périodes, sera faite, tous les trois ans, par une commission désignée en temps utile par la Direction des Habous. Cette commission procèdera à l'estimation du loyer réel en ce qui concerne la Guelsa et autres droits analogues de Clé ou Zina, et de la valeur foncière de la parcelle en ce qui concerne le Gza, appelé également Istidjar.

Afin d'éviter toute discussion et de couper court à tout sujet de litige, le loyer annuel des immeubles Gza sera déterminé à raison de 6 0/0 de cette valeur foncière et les Habous prélèveront, sur ce loyer, les 30 0/0 leur revenant.

1. Modifié par Dahir du 8 juillet 1916. Cf. texte *infra*.

ART. 9. — Toutes les dépenses afférentes aux constructions et réparations portant sur l'objet même des Guelsa, Clé et autres droits analogues, à l'exception du Gza ou Istidjar, seront supportées, après approbation des Habous, par les deux parties, dans les proportions indiquées ci-dessus, en appliquant le taux de la période correspondante. Il sera procédé de même pour les contributions.

ART. 10. — Notre serviteur dévoué, le taleb Ahmed el Djaï, Directeur Général des Habous, est chargé de l'application du présent Dahir Chérifien, en ce qui concerne les Mouraqibs¹ et Nadirs, et Nous ordonnons à tous nos serviteurs, Cadis, Amels² et autres fonctionnaires, de prendre bonne note des présentes pour s'y conformer et en assurer l'exécution.

Fait à Rabat, le 1^{er} Rebia Ettani 1332 (27 Février 1914).

Vu pour promulgation et mise à exécution,

Rabat, le 16 Mars 1914.

Le Ministre Plénipotentiaire, Délégué à la Résidence.

Signé : SAINT-AULAIRE.

1. Inspecteurs.

2. Gouverneurs.

*Circulaire du 21 Mars 1914 de la Direction Générale
des Habous aux Cadis et Nadirs*

J'ai l'honneur de vous adresser, ci-inclus copie, d'un Dahir de S. M. Chérifienne, portant réglementation des droits de Gza, Guelza, Zina etc...

Par circulaire en date du 8 Ramadan 1331, il vous avait été prescrit de faire une enquête détaillée sur toute demande de mutation de l'un quelconque de ces droits de Menfaâ et d'en adresser les résultats à la Direction Générale des Habous qui, après examen, donnerait ou refuserait son autorisation.

Ces instructions cessent d'être en vigueur à compter de la date du Dahir ci-joint et les Cadis et Nadirs devront dorénavant se conformer aux règles suivantes :

Toute demande de mutation ou d'établissement d'un des droits de Menfaâ énumérés plus haut devra être adressée au Cadi, chargé, sous sa responsabilité, de vérifier la validité et la régularité de ces droits.

Les Cadis adresseront aux Mourakibs ou Nadirs une note où ils leur feront connaître les résultats de leur enquête, en indiquant les noms des parties contractantes, la désignation de l'immeuble et le prix de la vente.

Le Mourakib ou Nadir sera tenu, dans les quatre jours de la réception de cette note, de faire connaître au Cadi s'il fait opposition à la mutation ou à l'établissement du titre constitutif.

Au cas de non opposition, le Cadi autorisé les adoul à dresser l'acte qu'il homologue ensuite et dont il doit immédiatement adresser une copie authentique au Mourakib ou Nadir. Chaque acte ainsi dressé devra porter la mention

qu'il a été établi « dans les conditions prévues par le Dahir du 1^{er} Rebia II 1332 (27 fév. 1914) que l'acquéreur prend l'engagement d'observer ».

Si, au contraire, le Mourakib ou Nadir faisait opposition à la passation de l'acte ou si la régularité du droit dont s'agit ne paraissait pas au Cadi suffisamment établie, ce magistrat remettrait au Mourakib ou Nadir copie des pièces produites pour être soumises à la Direction Générale des Habous, qui, après examen des observations que devra lui faire parvenir le Mourakib ou Nadir, confirmera l'opposition ou en donnera main-levée.

Le Mourakib ou Nadir adressera mensuellement à la Direction Générale des Habous un état numérique des mutations ou titres constitutifs établis, état qui devra indiquer, de façon succincte, les noms des parties, le prix de l'immeuble et la redevance servie aux Habous.

Ces dispositions s'appliquent à tous les droits de Menfaâ énumérés dans le Dahir, à l'exception, toutefois, de l'istighraq. Toute demande de cession d'un contrat d'istighraq pour la période restant à courir devra être soumise à l'approbation préalable de la Direction Générale des Habous, à laquelle tous renseignements utiles devront être adressés, notamment la copie du contrat en cours, le rapport du Cadi au Nadir, les observations du Nadir, les noms et qualités des parties avec désignation de l'immeuble,

A l'expiration de la durée fixée dans le contrat d'istighraq, l'immeuble fait retour aux Habous et aucune prorogation de durée ne peut être accordée sans autorisation expresse de la Direction.

Pour tous autres contrats n'entrant pas dans les catégories ci-dessus, il y aurait lieu d'en référer à la Direction Générale des Habous.

Signé : AHMED EL-DJAÏ.

*Dahir du 2 juin 1915 — 19 Redjeb 1333, fixant la
législation applicable aux immeubles immatriculés.*

.
Art. 8. — Sont immeubles par l'objet auquel ils s'ap-
pliquent.

a) Les droits réels immobiliers, savoir :

.
10° Les droits coutumiers musulmans tels que Gza, Istidjar,
Guelza, Zina, Houa.
.

TITRE XI

DES DROITS DE GZA ET AUTRES

Art. 197. — Les droits coutumiers musulmans, visés au
paragraphe 10 de l'article 8 du présent Dahir, restent sou-
mis aux usages et coutumes qui les régissent.

Art. 198. — L'inscription de rente doit être faite, dans
tous les cas, avec celle du droit lui-même.

Le crédit-rentier inscrit a droit d'être colloqué pour cinq
années d'arrérages. Il en sera fait mention au livre foncier.

Art. 199. — Les arrérages se prescrivent par cinq ans.

Art. 200 — Le crédit-rentier ne peut, à moins de conven-
tion contraire, être contraint à recevoir le montant de sa
rente.

Art. 201. — En cas de non paiement de la rente par le
débit-rentier, il peut poursuivre la vente de l'immeuble
grevé pour avoir paiement des arrérages échus

*Dahir du 8 juillet 1916 (7 Ramadan 1334), réglé-
mentant les échanges d'immeubles habous grevés du
droit de menfâ.*

Louange à Dieu seul !

(Grand sceau de Moulay Youssef).

A Nos Serviteurs intègres, les Gouverneurs et Caïds de
Notre Empire Fortuné, ainsi qu'à Nos Sujets :

Que l'on sache par les présentes — puisse Dieu Très Haut
en illustrer la teneur ! —

Que Notre Majesté Chérifienne,

Vu Notre Dahir du 21 juillet 1913 (16 Chaabane 1334),
titre III, qui réglemente les conditions dans lesquelles
peuvent être autorisés les échanges portant sur des im-
meubles non bâtis appartenant en propre aux Habous, à
charge de remploi immédiat des fonds provenant de l'opé-
ration ;

Vu Notre Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebiâ II 1332), qui
réglemente les droits de gza, istidjar, guelsa, clé, zina,
haloua, régulièrement établis ;

Considérant que la nature de ces droits est une cause de
dépréciation préjudiciable à la fois aux intérêts des Habous
propriétaires et des bénéficiaires des droits de jouissance ;

Que la gestion des immeubles grevés de menfâ présente
des complications, un surcroît de travail et de dépenses de
gestion sans aucune compensation pour les Habous :

A DÉCRÉTÉ CE QUI SUIT :

ARTICLE PREMIER. — Les dispositions du titre III du Dahir du 21 juillet 1913 (16 Chaabane 1331) sont étendues à tous les immeubles ou parties d'immeubles, bâtis ou non bâtis, appartenant en propre aux Habous, ainsi qu'aux étages et à « l'air » qui surmonte les constructions Habous grevées de jouissance dont la propriété revient aux Habous.

ART. 2. — Tout droit de menfâ (gza, istidjar, guelza, clé, zina ou haloua), régulièrement établi pourra, sur la demande du bénéficiaire, faire l'objet d'un échange de gré à gré en argent ou en nature.

La valeur d'échange représentant la quote part des Habous sera égale au 30 % de la valeur attribuée à l'objet de la menfâ telle qu'elle est arrêtée par Notre Dahir du 27 février 1914 (1^{re} Rebia II 1332).

ART. 3. — Tout échange réalisé sur des immeubles habous, qu'ils soient ou non grevés du droit de jouissance, devra être au préalable dûment autorisé par Nous. L'immeuble envisagé cessera d'être habous pour devenir melk et devra être rayé dans la forme régulière du registre des biens habous.

ART. 4. — Les sommes provenant des immeubles ainsi échangés par les Habous devront être remployées, dans le plus bref délai possible, à l'achat d'immeubles pouvant assurer des revenus avantageux.

Fait à Rabat, le 7 Ramadan 1334 (8 juillet 1916).

Vu pour promulgation et mise à exécution :

Rabat, le 17 juillet 1916.

Le Commissaire Résident Général,

Signé : LYAUTEY.

*Dahir du 8 juillet 1916 (7 Ramadan 1334) modifiant
les dispositions de l'article 8 du Dahir du 27 février
1914 (1^{er} Rebia II 1332) concernant les terrains
habous nus et grevés de gza.*

Louange à Dieu seul !

(Grand sceau de Moulay Youssef.)

A Nos Serviteurs intègres, les Gouverneurs et Caïds de
Notre Empire Fortuné ainsi qu'à nos Sujets ;

Que l'on sache par les présentes — puisse Dieu Très Haut
en illustrer la teneur ! —

Que Notre Majesté Chérifienne,

Vu Notre Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332),
réglementant les droits réguliers de gza, istidjar, guelsa, etc.,
susceptibles de grever les immeubles habous, et les rede-
vances afférentes que les bénéficiaires doivent verser aux
Habous.

Attendu que parmi les immeubles grevés de gza, ceux qui
sont bâtis sont susceptibles de produire un revenu en rapport
avec la valeur foncière attribuée à l'immeuble, tandis que
les immeubles grevés de gza et non bâtis sont souvent, par
suite de leur situation à proximité des villes, compris dans
la zone d'extension probable des villes et de ce fait soumis à
la spéculation ; que dans ce cas la valeur locative réelle des
immeubles tels qu'ils se comportent actuellement n'est plus
en rapport avec leur valeur foncière ;

Attendu que l'Administration des Habous ne saurait, à
l'heure actuelle et au moment où les cours des terrains

n'ont aucune stabilité, exiger des détenteurs des redevances qui ne seraient pas en rapport avec les revenus actuels des immeubles occupés par eux ;

A DÉCRETÉ CE QUI SUIT :

ARTICLE PREMIER. — Les dispositions du Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332), réglementant le calcul de la redevance due aux Habous pour les immeubles grevés de gza sur lesquels des constructions sont édifiées, restent et continueront à être strictement applicables.

ART. 2. — Les dispositions du second paragraphe de l'article 8 du Dahir sus-visé concernant le calcul des redevances dues pour les terrains grevés de gza, terres de labours, terres irrigables ou non, jardins potagers, vergers, etc., sont rapportées et remplacées par les suivantes :

« La redevance annuelle à servir aux Habous par les bénéficiaires de gza établis sur des terrains nus sera égale au 30 % de la valeur locative réelle de la parcelle toute entière, et, par mesure transitoire, son paiement sera soumis aux dispositions de l'article 5 du Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332). L'estimation de la valeur locative de ces immeubles sera faite tous les trois ans par la Commission visée au paragraphe 1^{er} de l'article 8 du même Dahir ».

ART. 3. — Les dispositions ci-dessus concernent exclusivement les terrains nus grevés de gza ; il reste entendu que, dans le cas où la destination des terrains en question viendrait à être changée par suite de l'édification de constructions, la réglementation prévue à l'article 8 du Dahir sus-visé leur redevient immédiatement applicable.

ART. 4. — Les dispositions transitoires prévues à l'article 2 ci-dessus comportent, pour le bénéficiaire d'un terrain nu grevé de gza, l'obligation de faire à l'Administration des Habous la déclaration de tous changements ou transformations projetés sur la terre et à son utilisation, au moins trois mois avant le commencement des travaux de construction.

ART. 5. — Les projets de transformations portant sur les immeubles nus grevés de gza, tels que lotissements, ouvertures de routes, de voies d'accès, etc., devront également être soumis à l'approbation de l'Administration des Habous au moins trois mois avant le commencement des travaux.

L'approbation de l'Administration ne peut être refusée que dans le cas où les projets envisagés ne seraient pas conformes aux plans généraux de villes établis par les soins du Gouvernement du Protectorat.

ART. 6. — La vente de parcelles faisant partie d'un lotissement établi sur un terrain nu grevé de gza ne pourra être réalisée que si l'Administration des Habous a donné son approbation au projet de lotissement.

ART. 7. — Afin d'éviter toute discussion et de couper court à tout sujet de litige, la superficie sur laquelle sera basé le calcul de la redevance pour tout immeuble qui sera bâti sur un terrain grevé de gza sera de quatre fois celle couverte par les constructions et dépendances, tant que la superficie bâtie sera inférieure au quart de la surface totale du lot.

ART. 8. — La réglementation prévue à l'article 8 du Dahir du 27 février 1914 (1^{er} Rebia II 1332) devient applicable

aux lots sur lesquels des bâtiments ont été édifiés, trois mois après la fin des travaux de construction.

Fait à Rabat le 7 Ramadan 1334 (8 juillet 1916.)

Vu pour promulgation et mise à exécution :

Rabat, le 17 juillet 1916.

Le Commissaire Résident Général,

Signé : LYAUTEY.

*Lettre circulaire adressée le 4 Qa'dâ 1334 aux Nadirs
et Mouraqibs, au sujet des droits de Menfa'd grevant
les immeubles habous.*

Vu les Instructions Chérifiennes ordonnant, conformément au Dahir du 1^{er} Rebia II 1334 et à partir de cette date, la perception de la redevance due aux Habous pour les immeubles grevés de menfa'â dûment établies ;

Étant donné que la méthode d'après laquelle les droits de menfa'â seront classés en droits reconnus et en droits non reconnus, est encore à l'étude ;

Considérant qu'il y a lieu de faciliter l'épuration de la situation des *menfa'â grevant les boutiques*, jusqu'à ce que le règlement définitif sur ces droits soit rendu applicable.

Nous avons décidé ce qui suit :

Les droits de menfa'â établis par des actes notariés authentiques, portant plusieurs mutations effectuées antérieurement à la création du Ministère des Habous et jusqu'à l'année 1329, seront régies par le Dahir sus-visé, à condition qu'ils soient détenus par les occupants depuis au moins 10 ans.

En ce qui concerne les droits de menfa'â ne remplissant pas ces conditions, le Nadir adressera, pour examen, copie des actes, même notariés, qui s'y rapportent, ainsi que la copie des titres dont la date est postérieure à l'année 1329.

Le Nadir est donc invité à percevoir les redevances dues aux Habous conformément au règlement.

Signé : AHMED EL-DJAÏ

ANNEXE VI

TRADUCTIONS D'ACTES

Pièce n° 1. — Guelsâ-Meftâh.

Recto. — Acte d'adoul. — El Mekkî ben El-Hâdj Mohammed Es-Swîsî achète à 'Abdallah ben Ahmed Bargâch la guelsâ d'une boutique sise aux Fakhkhârîn. — L'acheteur acquiert le droit au bail pour 6 mois, sans avoir à payer autre chose que la redevance due aux Habous. Date : 9 Rebî' I 1315.

Verso. — I. — Acte sous seing privé, portant vente à El-Hâdj Mohammed Er-Reïs, par El-Mekkî Es-Swîsî, de la meftâh de la guelsâ d'une boutique, moyennant 500 réaux. Quittance du prix est donnée dans le même acte. Date : 22 Rebî' II 1323, correspondant au 27 juin 1905.

Signature des parties.

Légalisation de ces signatures par le
Vice-Consul de France de Rabat.

II. — Acte sous seing privé portant cession de cette meftâh, par El-Hâdj Mohammed Er-Reïs à El-Hâdj Bouâ Bekr Moulin. Date : 20 Redjeb 1323.

Signature du cédant.

OBSERVATIONS.

Titre valable : acte d'adoul suffisamment ancien, suivi de plusieurs transmissions. (Cf. supra n° 45).

Pièce n° 2. — Guelsâ.

Recto. — Acte d'adoul, portant achat par Ahmed ben El-Hâdj El-Mekkî à la dame Aïchâ bent El-Hâdj Ahmed ben El-'Abbâs, agissant tant en son nom personnel qu'au nom de ses deux filles mineures, de la guelsâ d'une boutique qui fait partie de la succession de son époux, le Moqaddem El-Hâdj Bena'âch ; Moharrem 1321.

Verso : I. Acte d'adoul. — El Hâdj Mohammed ben El-Hâdj 'Omar El-'Awfi, représentant de la dame 'Aïchâ, reçoit le prix de vente et donne quittance. Date : Rebî' I 1321.

II. — Acte sous seing privé, portant vente de la guelsâ, par Ahmed ben El-Hâdj El-Mekkî à Qâsem ben 'Allâl. Date : 14 Hijjâ 1323.

Signature du vendeur.

OBSERVATIONS.

Titre valable. (Cf. observations pièce n° 1.)

Pièce n° 3. — Guelsâ.

Recto. — I. — Acte d'adoul transcrit le 15 Moharrem 1322 : Parmi les biens laissés à son décès par Mohamméd ben 'Abd-El-Qâder Bennânî se trouve la guelsâ d'une bout que sise à Rabat. Le mineur ayant besoin d'argent, vente est faite de ladite guelsâ. Acte de vente à El-Hâdj 'Alî Karâchek et son frère germain Mohammed.

II. — Acte sous seing privé, portant cession, par El-Hâdj 'Alî Karâchek, à Qâsem ben 'Allâl Et-Thoûmî El-Fâsî, de ladite guelsâ. Date : 5 Moharrem 1324.

Verso. — Copie authentique¹ d'un acte de tutelle testamentaire portant désignation, par Mohammed ben 'Abd-El-Qâder Bennânî, d'un tuteur pour son fils. Date de l'acte : 13 Djoumadâ I 1311. Date de la copie : 15 Moharrem 1322.

OBSERVATIONS.

Titre valable. (Cf. *Observations supra, pièce n° 1*).

1. Revêtue du *tesdjil*.

Pièce n° 4. — Guelsâ.

Chahâdâ¹ lafif², portant attestation de 12 témoins ordinaires, que Mohammed ben Mohammed Moulin était bénéficiaire de la guelsâ d'une boutique sise fondouk Ibn 'Aïchâ à Rabat, qu'il s'est géré comme tel pendant plus de 20 ans, payant aux Habous Kobra le loyer de la dite guelsâ, sans opposition ni contestation. Ils ne sachent pas qu'il l'ait aliénée à un titre quelconque. Date : fin Redjeb 1324.

Signatures de 2 Adoul.

Khithâb³ du Cadi.

OBSERVATIONS.

Titre suffisant. Cf. supra n° 45.

1. Déposition consignée par écrit formant un acte juridique.

2. Témoins vulgaires ou de notoriété.

3. Donné acte authentique.

وحرره

أشرف السيرة عبد العزيز السراج والسيرة الطاهرة في نشر الإسلام مفتاح
 الخفايا المحتاجة بعشر وأربعين رسالة من السيرة السريّة
 عليها نشر الرجا والسواجيد وهو قدر خمسة وثلاثون رسالة على
 التمام والسكّال واتفق والسراج في جلد في علم 28

الحلج محمد بن أحمد بن أحمد

الحمد لله الذي جعل في هذه الكتب المكونة من ثمانية أجزاء من السيرة
 الطاهرة في نشر الإسلام في بلاد فارس وخراسان والهند والصين
 المذكورة على التمام والسكّال واتفق والسراج في جلد في علم 28
 في نشر الإسلام وتدرج السراج في جلد في علم 28

عبد العزيز السراج

Pièce n° 5. — Meftâh.

I. — Acte sous seing privé portant achat, par 'Abd El-'Azîz ben El-Hâchmî Fenîch, de la meftâh d'une boutique sise fondouk El-Khayâthîn. Date : 1^{er} Djoumâdâ II 1328.

Signature du vendeur.

EL HÂDJ MOHAMMED BEN LAHSEN.

II. — Cession de ladite meftâh par 'Abd El-'Azîz Fenîch à son frère El-Hâchmî. Date : 12 Hijjâ 1328.

OBSERVATIONS.

Titre insuffisant. En droit musulman comme en droit français, l'écrit sous seing privé, reconnu par celui qui en est l'auteur, fait pleine foi contre ce dernier de son contenu. C'est l'application de la règle bien connue que « l'homme est pris par son aveu ». Mais cet aveu n'a, au regard des Habous, que la valeur d'un témoignage laîf isolé, c'est-à-dire d'une valeur insignifiante.

Pièce n° 6. — Guelsâ.

I. — Acte d'adoul portant achat, par les deux frères Boû Bker et Yasîn, fils d'Et-Touhâmî Bennânî, à leur frère Mohammed, du 1/3 de la guelsâ de la boutique que leur frère occupait, fondouk Ibn 'Aïchâ. Date : 9 Redjeb 1323.

Signatures des adoul.

II. — Acte d'adoul, portant attestation qu'Et-Touhâmî Bennânî a tenu pendant de longues années un commerce dans la boutique des Habous, qu'il occupait, fondouk Ibn 'Aïchâ. Cette situation a continué jusqu'à son décès. A ce moment, la boutique est passée à son épouse et à ses trois enfants. Date : 20 Ramadhân 1332.

Signatures des Adoul

Khithâb du Cadi.

OBSERVATIONS.

Titre suffisant. (Cf. supra n° 45).

Pièce n° 7. — Guelsâ.

Recto. — Chahâdâ lafif portant attestation que feu El-Hâdj Ali ben El-Hâchmî a occupé, de son vivant, pendant plus de 30 ans, une boutique des Habous Kobra, sise aux Sbathariyin. Après son décès, ses héritiers l'ont occupée pendant 18 ans environ. Ils l'occupent encore. Date : 19 Ramadhân 1332.

Suivent les noms des 12 témoins.

Khithâb du Cadi de Rabat.

Verso. — Récolement des témoignages (*Istifsâr*).

OBSERVATIONS.

Ce titre n'a aucune signification. Il semble même qu'il doive être interprété comme établissant une location pure et simple d'un bien habous, c'est-à-dire plutôt contre son titulaire qu'en sa faveur. La date de son établissement, qui suit de très près le Dahir du 1^{er} Rebt' 1332, le fait d'ailleurs suspecter d'avoir été dressé pour les besoins de la cause.

[illegible][illegible]

ش. بدو الذي موجه له لموجهه

[illegible][illegible]

ۛؑؒؓ

Pièce n° 8. — Zinâ (meftâh, ghibthâ, 'orf).

Recto : I. — Al-Ghâlî ben Ahmed Et-Tber fait donation à Hammâd ben Hammâd, du 1/3 de la meftâh, de la zînâ, de la ghibthâ, de l'orf qu'il possède sur une boutique sise au souq El-Qatthâniyin, la première à droite en sortant de l'impasse Al-Barakâ. Date : 24 Rebî' At-Thânî 1309.

Signatures des adoul et Khithâb du Cadi.

II. — Révocation de la donation par le Chérif Al-Ghâlî. Consentement du donataire. Date : 19 Djoumâdâ I 1309.

Signatures des adoul.

III. — Le Chérif Moulay Idrîs Aç-Cqallî achète à Al-Ghâlî ben Ahmed Et-Tber la zînâ de la boutique ci-dessus visée, pour 180 réaux. Date : 6-29 Djoumâdâ II 1309.

Signatures des adoul.

Verso : I. — Chahâdâ laff attestant que le chérif Al-Ghâlî ben Ahmed était titulaire de la zînâ d'une boutique sise aux Qatthâniyin, la première à droite, en entrant, impasse Al-Barakâ ; qu'il s'est géré comme tel pendant plus de 20 ans. Date : 25 Rebîa' At-Thânî 1309.

Suivent les noms des témoins.

Khithâb du Cadi et signatures des adoul.

II. — Les deux chérifs Mohammed et Slimân, fils du Chérif Moûlay Idrîs Aç-Cqallî, ont acquis la zînâ dont il s'agit.

Moûlay Mohammed est mort. (*Dénombrement de ses successibles...*)

Un partage est intervenu entre Moulay Slîmân et la succession de son frère germain, aux termes duquel la zînâ est acquise audit Moulay Slîmân. Date : 9 Redjeb 1332.

Signatures des adoul et Khithâb du Cadi.

III. — M. A., représentant de la Banque du Maroc, achète pour 1.600 douros, à Moulay Slîmân, la zîna. Main-levée de l'opposition est donnée par les représentants des Domaines et des Habous. L'acquéreur déclare reconnaître le droit de propriété et de guelsâ sur la même boutique, au profit des Habous de Qarawîne. Il accepte, en outre, de se soumettre au dahir du premier Rebî^e II 1332. Date : 27 Djoumâdâ I 1335.

Signatures des adoul et Khithâb du Cadi.

OBSERVATIONS.

Titre valable. (Cf. supra n° 45).

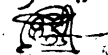
[illegible][illegible]

٥٤
 ٥٥
 ٥٦
 ٥٧
 ٥٨
 ٥٩
 ٦٠
 ٦١
 ٦٢
 ٦٣
 ٦٤
 ٦٥
 ٦٦
 ٦٧
 ٦٨
 ٦٩
 ٧٠
 ٧١
 ٧٢
 ٧٣
 ٧٤
 ٧٥
 ٧٦
 ٧٧
 ٧٨
 ٧٩
 ٨٠
 ٨١
 ٨٢
 ٨٣
 ٨٤
 ٨٥
 ٨٦
 ٨٧
 ٨٨
 ٨٩
 ٩٠
 ٩١
 ٩٢
 ٩٣
 ٩٤
 ٩٥
 ٩٦
 ٩٧
 ٩٨
 ٩٩
 ١٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي جعل في كل شيء
دلالة على قدرته وقوته
ويعلم ان الله تعالى
هو الذي لا اله الا هو
العليم الغني ذو الجلال
والاكرام
والله اعلم
بما يشاء

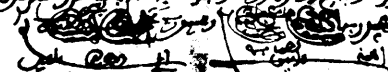


الحمد لله الذي جعل في كل شيء



بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي جعل في كل شيء
دلالة على قدرته وقوته
ويعلم ان الله تعالى
هو الذي لا اله الا هو
العليم الغني ذو الجلال
والاكرام
والله اعلم
بما يشاء



الحمد لله الذي جعل في كل شيء

Pièce n° 9. — Zînâ (Meftâh et 'orf).

Recto : I. — Acte d'adoul. El-Hâdj Idris ben Mohammed El-Andalousi achète à 'Abd Es-Selâm ben El-Hasân ben Rahmoûn la zînâ et la ghibthâ de la meftâh d'une boutique sise aux Nawâ'iriyin pour 15 réaux. Date : 12 Hijjâ 1302.

II. Acte d'adoul. 'Abd Er-Rahmân ben 'Abd Es-Selâm En-Nechchâr achète à Idris ben 'Abd Es-Selâm El-Andalousi la zînâ susdite pour 15 réaux. Date : 26 Çafar 1303.

III. — Ordonnance du Cadi de Fez autorisant la vente sur licitation, au nom des héritiers mineurs d'Abd Er-Rahmân ben 'Abd Es-Selâm En-Nechchâr, de la zînâ comprise dans les effets de sa succession, au moqaddem Bou Hamîda Agoûmî, pour 65 réaux. Date : 12 Chaa'bân 1327.

IV. — Acte d'adoul. Ahméd ben Ahmed Bouziân achète aux deux frères germains El-'Arbi et Es-Sa'id fils du moqaddem 'Abd Es-Selâm Agoûmî la zînâ, la meftâh et l'orf de la boutique connue sous le nom de Hanoût Al-Mâ, au souq El-Qatthâniyîn, pour 175 réaux. Main-levée de toute opposition est donnée par les Domaines et les Habous. L'acheteur déclare se soumettre au Dahir du premier Rebî' II 1332. Date : 1^{er} Rebî' II 1335.

Khithâb du Cadi. 7 Rebî' II 1335.

V. — Acte d'adoul. E. M., représentant de la Banque du Maroc, achète à Ahmed ben Ahmed Bouziân la zînâ, la meftâh et l'orf de la boutique susdite pour 400 réaux hasanî. L'acheteur reconnaît au profit des Habous de Qarawin la

propriété et la guelsâ de la boutique. Date : 26 Djoumada I 1335.

Khithâb du Cadi.

Verso. — Copie de titres, revêtue du tesdjil du Cadi, en date du 19 Cha'bân 1327 :

1^o Chahâdâ laff portant dénombrement des successibles d'Abdallah ben 'Abd Es-Salâm En-Nechchâr. Date : 16 Ramadhân 1326.

Khithâb du Cadi, suivi de la mention d'istiqlâl.

2^o Acte d'adoul attestant qu'Abdallah ben 'Abd Es-Salâm En-Nechchâr n'a pas désigné de tuteur testamentaire pour ses enfants mineurs ; qu'il convient, en conséquence, de nommer tutrice légale la mère des dits enfants Et-Thâm bent 'Abd El-Mohîb. Date : 12 Cha'bân 1332.

Khithâb du Cadi.

Ordonnance du Cadi de Fez, constatant que les enfants sont orphelins et sans protecteur. Date : 13 Cha'bân 1332.

Ordonnance du même Cadi, nommant Et-Thâm bent 'Abd-El-Mohîb tutrice légale des enfants mineurs, avec tous pouvoirs, hormis celui d'aliéner directement ou indirectement des immeubles sans autorisation de justice. Date : 2 Qa'dâ 1332.

Mention d'istiqlâl¹.

3^o Chahâdâ laff établissant que la fortune des enfants ne compte aucun capital mobilier ; qu'il y a donc lieu de procéder à la vente par licitation de la zînâ d'une boutique sise aux Nawâ'îrîn, marché des Qatthâniyin, la première à gauche, côté impasse Al-Barakâ. Date : 19 Chaâbân 1327.

Khithâb du Cadi et mention d'istiqlâl.

1. Sur une autre feuille, collée à la suite.

2. Apostille d'authenticité apposée par le cadi.

3. Sur une autre feuille collée à la suite.

[illegible]

II. — Copie, revêtue du tesdjil du Cadi, en date du 4 Re-bî' II 1335, d'une chahâdâ'adliyâ portant procuration générale fiduciaire donnée à ses deux fils El-'Arbî et Es-Sa'id par 'Abd Es-Selâm ben 'Allâl Agoûmî, pour raison de santé. Date : 22 Djoumâdâ I 1334.

OBSERVATIONS.

Titre valable. (C' supra n° 45).

[illegible]

Pièce n° 10. — Gzâ

I. — Procès-verbal d'expertise établissant qu'une mesure appartenant aux Habous, sise quartier Eç-Çof, à Salé, louée actuellement 10 ouqiyâ par mois, présente un danger pour les habitants de la rue où elle se trouve. Or, quelqu'un offre de la prendre à gzâ moyennant 26 ouqiyâ par mois, avec obligation de bâtir une maisonnette. Il convient d'accepter cette offre avantageuse. Date : 10 Redjeb 1307.

II. — Gzâ consenti pour 20 ans par le nâdhir des Habous à El-Hâdj Mohammed Hamdoûch, qui s'oblige à construire une-maisonnette, moyennant 26 ouqiyâ par mois. Date : 1^{er} Cha'bân 1307.

OBSERVATIONS.

Titre valable. (Cf. supra n° 45).

Pièce n° 11. — Gzâ

I. — Ahmed ben El-Hâdj 'Ali Es-Sbîthî loue aux nâdhirs de Salé 11 merdja' $1/2$, plus $1/6$ de merdja' d'une terre habou-sée au profit de la grande mosquée de Salé et sise à la sortie de Bab Sebtâ pour une durée de 24 ans, avec obligation d'y planter de la vigne. Prix de location : 5 ouqiyâ anciennes par an et par merdja'¹. Date : 3 Ramadhân 1287.

II. — Location de la même terre au profit d'El-Hâdj Bennâ-ger pour une durée de 20 ans, moyennant $1/2$ réal. Date : 1^{er} Ramadhân 1314.

OBSERVATIONS.

Titre valable. A Salé le gzâ revêt souvent la forme d'un contrat de complant. La différence avec le moughârasâ (société à complant) est néanmoins très marquée. La moughârasâ est une société. Ici il s'agit d'une location.

1. مرجع m. à m. *retour* راس المرجع capvirade, point où l'attelage fait demi-tour pour prendre un nouveau sillon ; mesure de superficie variable avec les localités de l'époque. A Sale, la merdjâ est actuellement la surface formée par un carré dont le côté a une longueur égale à 16 fois la taille d'un homme moyen.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Pièce n° 12. — Istighrâq.

I. — Deux experts certifient que la maison indivise entre Mohammed 'Omar El-Bouyahîâwî et le temple Ez-Zandjafoûr, située dans une rue au-dessus de Sidi Mançoûr, avoisinée par la maison du Chérif El-Mahdî Ech-Chifchâwnî et par la maison d'El-Wazzânî, est en mauvais état et a besoin de grosses réparations. Date : 15 Qa'dâ 1232.

II. — Deux experts constatent que la maison a été réparée et remise en état. Ils estiment la valeur des réparations à 400 mithqâl. monnaie courante, et le loyer de la maison à 5 ouqiyâ par mois. Date : 1^{re} Qa'dâ 1255.

III. — Transaction entre le nâdhir des Habous de Qarawîne et Mohammed ben 'Omar, de la famille de Mohammed ben Yahïa Âl-Fazzâzî :

L'estimation, ci-contre, de la dépense exposée sera diminuée d'un 1/4, et le loyer porté à 10 ouqiyâ par mois jusqu'à extinction de la dite dépense. Date : 30 Djoumâdâ II 1262.

IV. — Deux experts constatent que la maison indivise entre Mohammed El-Machâchtî et les Habous du temple An-Nârandjâ située impasse Thâla' (Çâna' ou Zâlagh, cf. le texte), quartier du fondouk El-Yhoûdî, est en mauvais état d'entretien et a besoin de grosses réparations. Ces réparations faites, sa valeur locative serait de trois mithqâl, monnaie ancienne. Date : 6 Cha'bân 1288.

V. — Deux experts constatent que les réparations ont été faites et la maison remise en état. Ils estiment la valeur des réparations à 300 mithqâl, monnaie ancienne. Date : 6 Çafar 1290.

VI. — Deux experts constatent que la même maison est en mauvais état et à besoin de grosses réparations. Date : 13 Çafar 1290.

VII. — Les deux mêmes experts constatent que les réparations ont été faites. Ils en estiment la valeur à 450 mithqâl, ancienne monnaie. Date : 8 Djoumâdâ II 1290.

VIII. — El Madanî ben Mohammed El-Bâr prend à bail la part de l'imâm du temple (sans doute An-Nârandjî), Mohammed ben Mohammed Chahboûn, dans la maison ci-dessus, soit $1/5$, moins 9 fals, jusqu'à remboursement des dépenses estimées ci-contre. Le prix total de la location étant estimé à 3 mithqâl, monnaie ancienne, la location du preneur est de 6 ouqiyâ, dont trois seulement seront versées mensuellement au bailleur jusqu'à remboursement des impenses, suivant estimation ci-contre. Date : 14 Djoumada II 1290.

IX. — Deux experts constatent que la maison a besoin de grosses réparations. Date : Premiers jours de Qa'dâ 1297.

X. — Deux experts constatent que les réparations ont été faites et estiment la dépense à 1.000 mithqâl, monnaie courante. Date : 12 Rebî' II 1289.

XI. — Six experts constatent que la maison a besoin de grosses réparations. Date : 29 Chawâl 1311.

XIII. — Cessions successives de l'istighrâq.

Expertise de la durée restant à courir de l'istighrâq : cette durée est estimée à 60 ans et 9 mois. Date : 16 Redjeb 1317.

A la date du 2 Djoumâdâ II 1323, la durée à courir de l'istighrâq est estimée à 55 ans et 9 mois.

Copie en date du 4 Rebî' I 1333, dressée en forme authentique par le cadî de Fez.

OBSERVATIONS.

Dans la coutume de Fez, l'istighrâq n'est valable que s'il est constitué comme suit :

1° Un acte établit que la maison a besoin d'être réparée et remise en état ;

2° Un acte établit que le nâdhir des Habous n'a pas l'argent nécessaire ;

3° Autorisation est donnée par le nâdhir au preneur de faire les réparations ;

4° La valeur de ces réparations est expertisée ;

5° Le contrat est passé entre le nâdhir et le preneur avec stipulation de l'amortissement des dépenses exposées par le preneur.

Telles sont les conditions de forme. Nous avons exposé plus haut (n° 40) les conditions de fond nécessaires à la validité de l'istighrâq.

*L'istighrâq ci-contre est certainement régulier en la forme. S'il ne réunit pas les deuxième et troisième conditions de forme exigées, une transaction intervenue entre le nâdhir et le preneur a purgé ce vice. Il n'en est pas de même au point de vue du fond. La durée de l'istighrâq, renouvelée à trois ou quatre reprises, finit par dépasser le chiffre de cent ans (exactement cent seize, de 1262 à 1378). Deux causes de nullité infectent donc la convention. (Cf. *suprà*, n° 40).*

[illegible]

[illegible]

Pièce n° 13. — Istighrâq.

I. — Chahâdâ lafif (24 témoins) établissant que la maison, sise impasse Az-Zayyât, quartier En-Nawâ'iriyîn, indivise entre El-Hâdj Qâsim ben El-Madanî Ed-Diôûri pour les $\frac{4}{5}$ et la Mosquée Er-Rcif pour $\frac{1}{5}$, a été réparée et mise en état par El-Hâdj Qâsim en l'an 1309. Date : 5 Djoumâdâ II 1323.

II. — Expertise des réparations faites, le montant en est estimé à 3.500 réaux (dix noms d'experts). Date : Fin Chawâl 1310.

III. — El-Hâdj Qâsim ayant demandé aux deux nâdhirs de Qarawîn le remboursement des dépenses afférentes à la part de propriété des Habous ($\frac{1}{5}$) dans la maison, un arrangement est intervenu entre les parties dans les termes suivants :

Le demandeur diminue le compte des dépenses de 500 réaux. Il prend en location la part des Habous pour 24 mithqâl par mois, dont il versera seulement 14 mithqâl mensuellement, les 10 mithqâl restant étant affectés à l'amortissement de la part des Habous dans les dépenses, soit 600 réaux. Date : Commencement Rebi' 1324.

IV. — Transmissions successives de la maison et de l'istighrâq. Copie authentique dressée par le cadî de Fez le 6 Djoumâdâ II 1332.

OBSERVATIONS.

Cet istighrâq est valable en la forme (cf. Observations sous pièce n° 12) comme au fond. La durée de l'amortissement est raisonnable : une soixantaine d'années, en adoptant pour le mithqâl la valeur d'un dixième de douro. (La valeur actuelle du mithqâl est d'un $\frac{1}{12}$ de douro.)

TABLE DES MATIERES

	Pages.
INTRODUCTION.	1
1. Le problème dit « des droits de <i>menfa'</i> . — Son intérêt pratique. — Solution législative. — Son insuffisance. — Difficultés. — Nécessité de les résoudre. — Plan d'étude.	
 I. ÉTUDE DES TEXTES.	 6
2. Le problème de la <i>menfa'</i> dans les ouvrages de droit musulman. — 3. Le <i>gzâ</i> et la <i>guelsâ</i> . Leur double aspect de location et de vente. — 4. La <i>guelsâ</i> et le <i>gzâ</i> envisagés comme des locations. — 5. Définition de la <i>menfa'</i> . — 6. Deuxième aspect de la <i>guelsâ</i> et du <i>gzâ</i> ; vente de matériaux de construction ou de plantations. — 7. Fins que se proposent les parties dans la <i>guelsâ</i> et le <i>gzâ</i> . — 8. Nullité de la <i>guelsâ</i> et du <i>gzâ</i> dans la doctrine musulmane du droit. — 9. Formes licites. — Double condition nécessaire. — 10. Prohibition de la location perpétuelle des biens habous. — 11. Prohibition de la vente du matériel de boutique ou de meunerie et de la vente des matériaux de construction ou des plantations, en raison de l'indétermination de l'objet du contrat. — 12. La <i>guelsâ</i> et le <i>gzâ</i> ne sont tolérés que sous la forme de locations à durée déterminée. Précautions prises. — 13. La jurisprudence musulmane fait de la <i>guelsâ</i> et du <i>gzâ</i> des institutions licites. Processus. — 14. Différentes justifications tentées par les auteurs musulmans. Véritable explication : la jurisprudence est un procédé d'élaboration des normes juridiques admis par le droit musulman. — 15. La jurisprudence doit être préférée à l'opinion doctrinale dominante. — 16. Formation de la jurisprudence et de la coutume. — 17. La jurisprudence doit être fixée. Constatation. — 18. Autorité de la jurisprudence. Jurisprudence générale. Jurisprudence particulière. — 19. <i>Guelsâ</i> et <i>gzâ</i> sont des institutions jurisprudentielles. — 20. Acquisition du bénéfice de la <i>guelsâ</i> et du <i>gzâ</i> . Constitution directe. Cession. — 21. Droits et	

devoirs réciproques des parties. — 22. Physionomie générale. Institutions illicites dans le *fiqh*, la *guelsâ* et le *gzâ* sont sanctionnés par la jurisprudence. — 23. Cette controverse entre le *fiqh* et l'*amdl* ne donne de l'institution que la signification extérieure. Recherché de cette signification dans le milieu historique, politique et économique, où la *guelsâ* et le *gzâ* ont pris naissance et se sont développés.

II. — LE MILIEU HISTORIQUE

38

24. Rôle politique, social et économique joué par les Habous dans l'histoire du Maroc. Apogée. Affaiblissement du pouvoir royal. Décadence consécutive des Habous. Dilapidation par les Sultans et les *nâdhir*. — 25. C'est au moment de la décadence des Habous que la *guelsâ* fait son apparition dans la jurisprudence. Date. Approximation. — 26. L'origine du *gzâ* remonte aux premiers siècles de l'hégire. — 27. Décadence du pouvoir central. Anarchie. Répercussion sur l'administration des Habous Publics. — 28. L'administration du *nâdhir*. — 29. Pénurie de capital. La location a long terme instrument de crédit. — 30. Transformation automatique des locations à long terme en locations perpétuelles. — 31. Nouvelles méthodes de gestion. Le bon *nâdhir*. — 32. Le *nâdhir* négligent. — 32 bis. Le *nâdhir* malhonnête. — 33. Explication de la naissance et du développement de la *guelsâ*. — 34. Circonstances différentes pour le *gzâ*. — 35. Commune évolution à partir d'une certaine époque. — 36. Situation confuse à la veille du Protectorat. Etat de la doctrine et de la jurisprudence à cette époque. — 37. Les grandes lignes demeurent les mêmes. — 38. Le *gzâ* n'a point changé. — 39. La *guelsâ* s'est compliquée de modalités: *zînd*, *'orf*, *halawd*, *meftâh*, *ghibthâ*. — 40. Nouvelle situation-type: l'*istighrâq*. — 41. La situation juridique n'a pas changé. La réalité économique est tout autre: grand mouvement de dépossession des Habous Publics.

III. — LA LÉGISLATION DU PROTECTORAT

67

42. — Mesures législatives prises par le Protectorat: prohibition de la constitution de nouveaux droits de jouissance;

relèvement de la redevance due aux Habous ; définition des diverses situations juridiques ; rachat des droits perpétuels de jouissance. — 43. Appréciation de la nouvelle législation : elle a transformé des droits cessibles de jouissance en droits réels de jouissance, puis en droits de propriété conditionnelle. Contenu de ce droit. — 44. Effets de l'immatriculation de l'immeuble habous. — 45. Jugement d'ensemble. Conclusion.

ANNEXES	81
ANNEXE I. — <i>Extrait de l'Amal Al-Fâsi, chap. du Louage, f° 61, p. 3-8, f° 62, p. 1 à 5</i>	83
ANNEXE II. — <i>Extrait de l'Amal Al-Fâsi, chap. du Jugement, du Serment et du Témoignage, f° 16, p. 6-7, f° 17, p. 1-2</i> . .	109
ANNEXE III — <i>Fétwa autographe d'Abd Al-Qâdir Al-Fâsi</i> . .	118
ANNEXE IV. — <i>Procès-verbaux de la Commission d'étude des droits de gzâ, guelsa clé, etc.</i>	124
ANNEXE V. — <i>Législation du Protectorat. Textes</i>	133
ANNEXE VI. — <i>Photographies d'actes</i>	153

ERRATUM

P. 59, ligne 5 : lire *constitution* de la guelsâ, au lieu de *condition* de la guelsâ.

GEORGETOWN UNIVERSITY LIBRARY



3 9020 00033552 4

